

UNIVERSITE DE LYON — FACULTE DE DROIT

ESSAI
SUR
LA THÉORIE JURIDIQUE
ET SA FONCTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 16 janvier 1912, à 2 heures du soir

PAR

Paul CONDOMINE

Avocat à la Cour d'Appel de Lyon

Lauréat de la Faculté de Droit



LYON

IMPRIMERIE DE LA « REVUE JUDICIAIRE »

23, Rue Claudia, 23

—
1912

ESSAI
SUR
LA THÉORIE JURIDIQUE
ET SA FONCTION

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. ✻, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, ✱, I. ✻, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ✻, professeur honoraire.

FLURER, I. ✻, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ✻, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ✻, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. ✻, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ✻, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ✻, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ✻, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ✻, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ✻, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ✻, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, I. ✻, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, I. ✻, professeur de Droit romain.

LÉVY, I. ✻, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ✻, professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Economie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ✻, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ✻, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. Louis JOSSERAND.

Assesseurs : MM. Jean APPLETON.

— Emmanuel LEVY.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR

LA THÉORIE JURIDIQUE

ET SA FONCTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 16 janvier 1912, à 2 heures du soir

PAR

Paul CONDOMINE

Avocat à la Cour d'Appel de Lyon

Lauréat de la Faculté de Droit



LYON

IMPRIMERIE DE LA « REVUE JUDICIAIRE »

23, Rue Claudia, 23

1912

A
LA MÉMOIRE
DE
MON PÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- ALVAREZ. — Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil.
- APPLETON. — Observations sur la méthode dans l'enseignement du Droit en général et du droit romain en particulier. *Revue internationale d'enseignement*, année 1891, p. 241.
- AUSTIN (John). — Philosophie du droit positif.
- BALFOUR. — Les bases de la croyance.
- BELIME. — Philosophie du droit.
- BENTHAM. — Principes du Code civil.
- BOISTEL. — Le Code civil et la philosophie du droit. *Livre du Centenaire*, t. I., p. 47.
- BRISAUD. — Manuel d'histoire du droit français.
- BROCHET. — Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois.
- BROCHER DE LA FLÉCHÈRE. — Le droit coutumier et la philosophie du droit. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, p. 578.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil.
- COURNOT. — Logique judiciaire.
- CRUET. — La vie du droit et l'impuissance des lois.
- CUQ. — Les institutions juridiques des Romains.
- DELAROUÉ. — Esquisse de la méthode du droit.
- DELISLE. — Principes de l'interprétation des lois (2 vol.).
- DEREUX. — Interprétation des actes juridiques privés.

DESLANDRES. — La crise de la science politique. (Série d'articles dans la *Revue de droit public*, années 1900 et 1901.)

DUGUIT. — L'Etat, le droit objectif et la loi positive.

DURKHEIM. — Les règles de la méthode sociologique.

DUVAL. — Le droit dans ses maximes.

ESMEIN. — L'originalité du Code civil. *Livre du Centenaire*, t. I., p. 5.

— Traité d'histoire du droit français.

FLACH. — L'enseignement du droit chez les Romains.

— Etude critique sur l'histoire du droit romain au Moyen-âge.

FOUILLÉE. — L'idée moderne du droit.

FRANCK. — Philosophie du droit civil.

GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé.

— La technique législative dans la condensation civile moderne. *Livre du Centenaire*, t. I, p. 989.

— Compte rendu du livre de Bufnoir : « Propriété et Contrat ». *Revue critique de jurisprudence et de législation*, 1900.

GIRARD. — Traité de droit romain.

HAYEM. — La renaissance des études juridiques sous le Consulat. (Trois articles dans la *Nouvelle revue historique de droit*, 1905, et *Livre du Centenaire*, t. II.)

HUVELIN. — Le droit et la magie. *Année sociologique*, 1905-1906, p. 1.

IHERING. — Esprit du droit romain (4 vol.).

— La lutte pour le droit.

— Evolution du droit.

— Etudes complémentaires.

JOSSERAND. — De l'abus des droits.

— Responsabilité du fait des choses inanimées.

— Essai sur la propriété collective. *Livre du Centenaire*, t. I.

KANT. — Doctrine du droit. (Trad. Barni.)

LAMBERT. — La fonction du droit civil comparé.

LAMBERT. — Une réforme nécessaire des études de droit civil. *Revue internationale de l'enseignement*, 1900, t. II., p. 216.

— Le droit civil et la législation ouvrière : la fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit. *Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence*, 1904.

LANGLOIS ET SEIGNOBOS. — Introduction aux études historiques.

LANSON. — Le respect des lois.

LEROY (Maxime). — La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans les démocraties.

— L'esprit de la législation napoléonienne.

LÉVY. — La confiance légitime. *Revue trimestrielle de droit civil*, déc. 1910.

— Notes sur le droit considéré comme science. *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, nov. 1910.

— Responsabilité et contrat. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1897.

— L'affirmation du droit collectif, Paris, Bellais, 1903.

LIARD. — Logique.

LIOY. — Philosophie du droit.

MAILHER DE CHASSAT. — Traité de l'interprétation des lois.

MAILLIEUX. — L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique.

MENGER. — Du rôle social de la science du droit. *Revue d'économie politique*, 1896, p. 62.

LES MÉTHODES JURIDIQUES, leçons faites en 1910, au Collège libre des Sciences sociales, par MM. Larnaude, Berthélemy, Tissier, Truchy, Thaller, Pillet, Garçon et Génv.

PICARD. — Le droit pur.

PLANIOL. — Traité de droit civil.

POINCARÉ. — La science et l'hypothèse.

- RIVIER. — La science du droit dans la première partie du Moyen-âge.
- ROGUIN. — La règle de droit.
- ROUVIÈRE. — La sociologie et le droit.
- SALEILLES. — Le code civil et la méthode historique. *Livre du Centenaire*, t. I, p. 95.
- Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le code civil allemand.
- SAUZAY. — Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence en droit civil.
- SAVIGNY. — Histoire du droit romain au Moyen-âge.
- SPENCER (Herbert). — Les premiers principes (Traduction Cazelles).
- STUART-MILL. — Système de logique inductive et déductive. (Trad. L. Peisse.)
- TANON. — L'évolution du droit et la conscience sociale.
- TARDE. — Les transformations du droit.
- VALETTE. — La coutume.
- VAN DER EYCKEN. — Méthode positive de l'interprétation juridique.
- VERNAY. — Servius et son école.
-

INTRODUCTION

Ce qu'est la théorie juridique. — Sa tendance traditionnelle à l'homogénéité, à l'harmonie; son éloignement des faits.

La notion de théorie dégagée de l'influence de tout système, de toute orientation spéciale. — Processus de formation de la théorie : Les quatre phases de son évolution générale.

Ihering a dit, dans une page où s'allie de façon pittoresque une fantaisie parfois lourde à la satire la plus aiguë : « Le corps céleste sur lequel se trouve le paradis de la théorie n'appartient plus au système solaire; aucun rayon de soleil n'y pénètre. Le soleil est la source de toute vie, mais les notions ne s'entendent pas avec la vie.... Les yeux du théoricien sont habitués, même sur la terre, à voir dans l'obscurité. Plus le thème qu'il traite est obscur, plus il a de charme pour lui, et plus il veut faire étalage de perspicacité; comme

le hibou, l'oiseau de Minerve, il voit dans la nuit. » (1). De ce paradis il ne faut pas souhaiter l'entrée, car seul y est admis le théoricien qui peut « s'affranchir, en pensant aux choses du droit, des conditions de leur réalisation pratique » (2). Avec sa rigueur habituelle, le « grand frappeur d'empreintes » ridiculisait ainsi l'idéalisme qui faisait rage dans le monde des théoriciens de l'époque.

Aujourd'hui, il ne fait plus doute pour personne que la théorie doive se maintenir en contact incessant avec la pratique. C'est un axiome indiscuté, mais non pas rigoureusement appliqué par tous. Nombreux sont encore les théoriciens du droit qui, pour conserver aux idées juridiques toute leur pureté, se refusent à admettre une forme nouvelle, inharmonieuse à leur sens, rebelle à pénétrer dans les cadres connus. Nombreux surtout, ceux qui veulent faire de la théorie du droit un tout homogène, et qui ferment volontairement les yeux sur les contradictions surgies soudain de l'entrechoc des intérêts, sur les incohérences inséparables de toute vie, sur les illogismes nécessaires.

On aboutit ainsi à donner à la théorie un aspect rigide, harmonieux sans doute, mais immobile : elle reste comme figée dans la contemplation de sa propre beauté. L'idéal du théoricien doit être tout autre. Son but : suivre l'évolution du droit sous la poussée des forces

(1) IHERING, *Etudes complémentaires*, t. IV, *Satires et vérités* : au ciel, p. 312.

(2) IHERING, *loc. cit.*, p. 333.

qui le pétrissent sans cesse. Son espoir le plus haut, peut-être inaccessible : devenir l'une de ces forces, en contribuant par une activité intelligente à diriger parfois ou à hâter l'évolution pressentie.

Le résultat des divergences de point de vue entre les théoriciens du droit est qu'ils ont implicitement donné au terme de *théorie* un sens et un contenu différents, suivant l'idée qu'ils adoptaient relativement à ses procédés et à sa fonction. Aussi est-il nécessaire, au début de cette étude, de préciser la signification du mot, dégagée de toute orientation spéciale, applicable à tous les systèmes. La suite de ces développements est destinée à mettre en relief l'évolution du contenu de l'idée de *théorie*, à en indiquer le sens et l'aboutissement, enfin à prendre position dans la dispute encore mal exprimée sur la fonction de la *théorie* et ses moyens de réalisation.

*
**

Le terme de *théorie* correspond, dans toutes les doctrines, à l'idée de *systématisation spéculative*, par opposition au mot de « *pratique* », qui éveille l'idée de *réalisation matérielle*.

La *théorie* est issue de la pensée, la *pratique* résulte de l'activité physique. La *théorie* est guidée par une méthode, la *pratique* peut être illogique et incohérente. La *théorie* suppose que son adepte a pris conscience d'un certain nombre de principes, la *pratique* obéit à des règles que le praticien peut ne pas connaître et ignorer, en fait, bien souvent, comme la nature ignore les lois qui la mènent.

La théorie se distingue donc très nettement de la pratique. Elle peut cependant être à la fois spéculative et expérimentale, et c'est l'union toujours plus étroite de ces deux qualités qui marque le progrès de toute science.

A l'origine, la théorie est à peu près inexistante : c'est l'état embryonnaire. Elle revêt alors deux aspects : tantôt l'expérimentation domine, et l'on voit une théorie non encore détachée des faits, se confondant avec la pratique, s'ignorant comme individualité définie, douée d'une force propre ; tantôt au contraire, c'est la spéculation pure, imagination ou croyance religieuse, qui lui sert de base principale ou unique, — et l'on voit une théorie trop détachée des faits, purement aprioristique, sans valeur scientifique. Telles les théories primitives sur le principe originel du monde, trouvée par les uns dans le feu, par les autres dans l'eau ou dans le mouvement.

Dans une deuxième phase, l'esprit scientifique apparaît : l'homme considère la réalité des faits et s'essaie à en dégager une série de principes plus ou moins généraux qui lui semblent les commander. La théorie prend une place à part et s'affirme comme objet de recherche scientifique. Mais les quelques principes que l'on connaît, mal définis encore, un peu flous, plutôt virtuels qu'exprimés, ne suffisent pas à faire de la théorie un monument solide : les matériaux sont en chantier, l'édifice n'est pas encore construit.

Dans une troisième phase, les principes acquis sont agencés avec soin, coordonnés et hiérarchisés. Chacun

prend sa valeur propre; ils se soutiennent les uns les autres et tous contribuent à la solidité de l'ensemble. On donne à chaque principe une position impérieuse et l'on en fait découler les solutions. On croit aveuglément à la valeur des principes une fois établis : ils doivent entraîner toutes les conséquences qu'on en peut tirer par voie logique. C'est le triomphe du majestueux édifice de la théorie.

Dans une dernière phase, enfin, la notion pure reprend contact avec la réalité qu'elle avait un peu oubliée, et c'est alors seulement que, tel un balancier trouvant après quelques oscillations la position d'équilibre parfait, la théorie prend nettement conscience du juste milieu où elle doit se tenir. C'est alors qu'elle jette définitivement les bases de son édifice sur les réalités, les faits concrets, avec lesquels elle reste toujours en contact, se bornant à systématiser dans la mesure du possible les résultats de l'expérience, suivant une armature de règles positives qui constituent sa méthode. Alors seulement, comme le veut la définition de Benjamin Constant, la théorie n'est « autre chose que la pratique réduite en règles par l'expérience ».

Cette évolution, vraie pour toutes sciences, est aisée à suivre dans le Droit.

A Rome commence le déroulement du processus, mais la période romaine s'achève sans que la théorie ait encore conquis son individualité consciente : elle atteint le deuxième stade, mais ne le dépasse pas.

La troisième phase s'accomplit lentement, et il faut

aller jusqu'au temps des interprètes du Code civil pour voir s'épanouir la théorie avec tous ses excès.

La quatrième phase enfin est actuellement commencée. On a réagi contre les abus de constructions théoriques, éloignées des réalités, qui avaient sévi pendant une grande partie du XIX^e siècle. L'effort de la pensée juridique se dirige ouvertement vers une théorie positive moins rigide, sans cesse changeante parce que sans cesse en contact avec la mobilité des faits, acceptant les illogismes de la réalité, se bornant à classifier les résultats de ses constatations.

La théorie est descendue de son piédestal pour se mêler plus étroitement à la vie. Sa valeur est par là-même augmentée, sa puissance comme force interne du droit en est considérablement accrue. Elle a perdu quelques cherrons de sa couronne, mais conquis le sceptre du pouvoir effectif.

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DE LA THÉORIE JURIDIQUE SA FORMATION ET SON DÉVELOPPEMENT SES DIVERSES PHYSIONOMIES DANS LES PRINCIPALES MANIFESTATIONS DU DROIT

Avant d'étudier ce qu'est la théorie juridique actuelle et ce qu'elle doit aspirer à devenir, il nous a semblé intéressant de rechercher ce qu'elle a été, comment elle est née et s'est formée progressivement depuis l'époque romaine jusqu'à nos jours.

Nous allons consacrer à cet examen les deux premiers chapitres de cet essai. Dans les deux suivants, nous dirons en quelques mots quelle est la part de la théorie dans la législation, en prenant comme types les codes français et allemand, et enfin quelle place elle occupe dans notre jurisprudence. Ces quatre chapitres, assez brefs, et dans lesquels certaines idées seront seulement esquissées, feront l'objet de notre première partie.

CHAPITRE PREMIER

La théorie juridique dans le Droit romain

I. — La théorie juridique à l'époque romaine. — En existait-il une véritable et exprimée ? Non, elle n'apparaît au contraire que comme fragmentaire et virtuelle. — Examen de quelques textes. — Insuffisance et imperfection absolues de la théorie naissante qu'ils contiennent.

La théorie dans l'enseignement. — Le caractère essentiellement pratique de l'enseignement à Rome. Les Commentaires de Gaius. — Cicéron et Serrius.

II. — La théorie du droit romain réalisée par les glossateurs. — Irnerius et l'école de Bologne. — Les gloses et plus spécialement les « sommes » considérées comme constituant l'origine de la théorification du droit romain. — Développement rapide de la théorie romaine. — Apparition de tendances fâcheuses : régression. Réaction de Bartole. — Excès idéalistes, suivis de la rénovation actuelle de la théorie du droit romain.

Les juristes romains ont-ils élaboré une véritable théorie juridique ? Telle est la première question qui se présente d'elle-même à notre examen.

Nous estimons qu'il y faut répondre par la négative. De l'étude des textes laissés par les spécialistes, et de la codification réalisée au temps de Justinien, on retire cette impression assez nette que les romains ont été, au premier chef et dans toute l'acception du mot, des praticiens. Ce n'est qu'à propos de chaque question spéciale soumise à leur sagacité, qu'ils ont invoqué, de façon assez vague du reste, l'appui de principes présentés comme un fonds courant, généralement incontesté dans le monde des gens de droit.

Mais jamais les juristes n'ont énoncé ces principes dans toute leur généralité, ni surtout en indiquant leurs rapports, leur force ou leur valeur respective : on les trouve toujours épars et fragmentaires. Nous reconnaissons volontiers qu'il se dégage de leur œuvre, considérée dans son ensemble, comme une théorie virtuelle, mais nous ne croyons pas que les Romains soient jamais devenus entièrement conscients d'un ensemble de notions juridiques systématiquement coordonnées.

Ils n'ont pas, en un mot, échafaudé une théorie du droit. Ils en ont assemblé les premières pièces, mais leur œuvre s'est arrêtée là. Il suffit de feuilleter le Digeste pour s'en convaincre : on verra passer comme en un kaléidoscope, des fragments brillants d'un droit

émietté, des réponses sur des cas infiniment pratiques, des solutions d'espèce admirablement raisonnées, et, au milieu de tout cela, quelques principes très simples, — parfois même contradictoires, au point que les efforts des interprètes ne sont pas parvenus toujours à les concilier.

Cependant les romanistes, avec une patience et une persévérance à toute épreuve, ont rassemblé les morceaux épars, imaginé d'ingénieux arrangements, en un mot créé la théorie du droit romain. Ce sont eux, et non pas les Romains, qui l'ont peu à peu construite de toutes pièces; ce sont eux qui de l'ensemble des solutions d'espèce, ont tiré un certain nombre de principes, de systématisations, de classifications, pour faire enfin du droit de Rome un tout homogène, solide et d'aspect imposant. Mais ils s'illusionnent lorsqu'ils reportent en arrière leurs concepts savamment mûris, pour les attribuer d'ensemble à leurs prédécesseurs de plusieurs siècles, qu'ils présentent comme ayant achevé une évolution dont ceux-ci ne pouvaient même prévoir l'aboutissement.

Pour nous convaincre, parcourons le Digeste. Qu'y lisons-nous ? Des textes comme le suivant : « On a demandé ce qu'il fallait décider dans le cas où, m'ayant promis par stipulation de me donner l'usufruit pendant les dix prochaines années, tu serais en demeure de me le donner et où il se serait écoulé cinq ans; ainsi que dans le cas où j'aurais stipulé de toi que tu me donnerais les services de Stichus pendant les dix prochaines années et où il se serait pareillement écoulé

cinq ans. Réponse : on pouvait valablement demander l'usufruit et les services pour le temps qui s'est écoulé depuis que tu étais en demeure de les donner. » (1). Ici nous avons sous les yeux une question d'espèce et une solution, sans même que l'auteur se soit mis en peine de nous fournir un semblant de justification ou d'explication.

Autre texte, emprunté à Celse : « Si tu livres une chose à un fou que tu crois dans son bon sens parce qu'il se trouve dans un moment de tranquillité, quoi qu'il n'ait pas acquis la possession, tu cesses de posséder; car il suffit que tu abandonnes la possession, rien que tu ne la transfères pas. Il est en effet ridicule de dire qu'on ne veut abandonner la possession qu'autant qu'on la transfère : au contraire, on veut l'abandonner parce qu'on croit la transférer. » (2). Dans ce texte encore, où trouver un essai de théorie ? C'est une question pour laquelle l'auteur nous donne son avis, en ajoutant seulement qu'il serait absurde de raisonner autrement qu'il ne le fait lui-même.

Un exemple assez significatif de l'impuissance théorique des Romains nous est fourni par la classification qu'ils ont établie relativement aux *res*, divisées par eux en *res Mancipi* et *res nec Mancipi*. Ils nous ont laissé une énumération précise des choses rentrant dans l'une

(1) AFRICANUS, lib. VII, Quaest. au Dig., Liv. 37, *De usu-fructu et quemadmodum*, VII, 1.

(2) CELSUS, Lib. 23 au Dig. Liv. 34. *De acquirenda vel amittenda possessione*, XLI, 2.

ou l'autre de ces deux catégories, mais nous ignorons quelles données théoriques ont inspiré l'établissement de leurs classes, pourquoi telle chose était placée parmi les *res Mancipi* et telle autre parmi les *nec Mancipi*; si bien que cette division nous apparaît aujourd'hui comme un peu arbitraire. Nous voudrions, pour la satisfaction de notre esprit, que les juristes romains nous aient exposé les caractéristiques des *res Mancipi* et celles des *nec Mancipi*, qu'ils nous aient fait connaître les règles qui ont présidé à l'attribution des choses à l'une ou à l'autre des deux classes, ou tout au moins qu'ils aient cherché après coup des principes susceptibles de guider notre raison hésitante. Ils auraient ainsi, mais seulement ainsi, fait œuvre théorique.

Les romanistes modernes ont démêlé souvent les principes directeurs; ils ont aussi échafaudé des théories auxquelles ils ont donné une valeur rétrospective. Voyez par exemple comment ils ont construit la théorie romaine de la compensation légale, *ipso jure*, théorie qui a inspiré la compensation de plein droit de l'article 1290 de notre code civil. Il est certain aujourd'hui que cette théorie est l'œuvre des auteurs du xvi^e siècle, et de leurs successeurs du siècle suivant. Les Romains n'ont point connu la compensation de plein droit telle que nous l'entendons à l'époque actuelle.

Ce n'est d'ailleurs pas le seul exemple de règle positive due à une erreur historique. Ce n'est pas non plus le seul cas de création théorique due aux romanistes modernes et attribuée par eux aux anciens juristes.

Nous n'irons pas cependant jusqu'à soutenir que les Romains ont de parti pris professé vis-à-vis des principes théoriques un mépris absolu. Les exemples que nous venons de citer sont parmi les plus extrêmes. Il y a en réalité bien des passages où la théorie apparaît comme plus avancée; mais ce qu'on peut affirmer en toute sécurité, c'est que nulle part et jamais les juristes romains ne sont devenus des théoriciens véritables, isolant et classant les notions d'ensemble, ou détachant les grandes lignes des institutions juridiques.

Ils ont été, avant tout, des praticiens. Ils n'ont vu le droit qu'à travers la diversité de ses manifestations. Ils ont connu une théorie latente, mais sans la dégager jamais.

*
* *

Au demeurant, s'il y avait eu à Rome une théorie véritable, nous'en trouverions certainement l'expression la plus caractérisée dans l'enseignement. C'est en effet dans cette branche de la vie du droit que doit normalement se concentrer l'effort théorique. Alors même que toutes les manifestations juridiques d'un pays seraient exclusivement pratiques, il resterait un refuge à la tendance abstraite, et c'est l'enseignement. Là plus qu'ailleurs, il est nécessaire de coordonner, de systématiser, de condenser, pour la facilité des études et la rapidité de l'éducation juridique.

Or, que constatons-nous à Rome? Tiberius Coruncanus, le premier jurisconsulte qui ait professé publiquement le droit, avait inauguré le mode suivant: il

admettait un certain nombre d'auditeurs à le suivre partout dans l'exercice de sa profession, lorsqu'il répondait aux questions de sa clientèle ou lorsqu'il allait diriger la procédure et conseiller le client devant le juge en lui dictant les paroles à prononcer. Il est vraisemblable qu'il y avait, entre les auditeurs, des disputes, à titre d'exercices pratiques, sur la solution convenable des questions proposées au maître : peut-être chacun était-il appelé à donner son avis avant que le problème ne fût, sans appel, tranché par le praticien-professeur.

Toujours est-il qu'il ne s'agit nullement ici d'un enseignement dogmatique, et que les futurs juristes se bornaient à observer, à enregistrer soigneusement tout ce qui se passait sous leurs yeux.

Plus tard, à la fin de la République, naît un enseignement plus théorique à la vérité, qualifié par le terme « instituer », nettement distinct de l'ancien cours pratique désigné par le mot « instruer ». Ce mode nouveau apparaît d'abord sous la forme de rapports privés, de courte durée, entre tel étudiant et tel maître, puis se développe sous forme d'organisation permanente et publique : certaines écoles, comme celles de Labéon, de Capiton et de leurs successeurs, ont acquis une célébrité universelle, et leurs cours sont suivis très assidûment par de nombreux studiosi.

Mais même à l'époque où le professorat est ainsi érigé en profession distincte, l'enseignement garde le pli originaire : le professeur ne pose et ne résout que des questions d'espèce. L'on organise de longues dis-

putes, tranchées en dernier ressort par le *docens*. A l'occasion des espèces proposées, on aborde bien parfois une manière d'exposé théorique de la question, mais il consiste surtout en des comparaisons ingénieuses entre le cas envisagé et d'autres hypothèses que l'on considère comme solutionnées par une indiscutable tradition, et qui présentent avec l'hypothèse examinée une analogie ou un contraste évident.

Au surplus, nous pouvons nous faire une idée de ce qu'étaient les cours, par la lecture des *Institutes* de Gaius. S'il faut en croire Dernburg (1), à l'opinion duquel nous nous rangeons volontiers, cet ouvrage n'est autre chose qu'une publication de l'enseignement de Gaius, le résumé de ses leçons, telles qu'il les rédigeait avant de les exposer à ses élèves. Ce ne peut être en effet un traité méthodique, d'abord parce qu'il contiendrait comme tel des lacunes considérables, et ensuite parce qu'il y aurait, ce qui est inadmissible, toute une série de répétitions : il n'est pas rare de rencontrer la même question traitée de façons différentes en deux endroits successifs.

Or, même dans les *Commentaires* de Gaius, nous nous refusons à voir la réalisation d'une théorie véritable. Qu'ils soient, ainsi que nous inclinons à le croire, le résumé d'un cours oral, ou qu'ils soient un traité élémentaire destiné à l'enseignement, il nous semble que les *Commentaires* se bornent à aligner, avec une ordon-

(1) DERNBURG, *Die Institutionen des Gaius*, p. 33 et s.

nance toute relative, un certain nombre de règles de droit.

A propos de l'affranchissement par exemple, l'auteur énonce sans aucun apprêt quelques principes de cette institution. Il dit notamment : « Celui qui affranchit en fraude des créanciers, ou en fraude du patron, fait un acte nul : car la loi Aelia Sentia met obstacle à la liberté. » (1). Et c'est tout; aucun raisonnement, aucun historique, aucune recherche de motifs; le fait seul, dans sa plus grande simplicité.

Parfois cependant, il y a une tentative de systématisation; tel ce passage où l'auteur étudie le droit des personnes en partant de ce principe que « les unes ne dépendent que d'elles-mêmes, tandis que d'autres sont soumises au droit d'autrui : de ces dernières, les unes sont *in potestate*, d'autres *in manu*, d'autres *in mancipio*. » (2). Mais encore n'est-ce là qu'une simple division, très élémentaire et n'exigeant aucun effort de spéculation. Bien rarement l'auteur découvre l'esprit derrière les dispositions, bien rarement il cherche à penser le droit. On ne peut voir dans l'œuvre de Gaïus une tendance à l'élaboration d'une théorie complète. Beaucoup de questions de détail, de pratique, et très peu de principes généraux; des descriptions précises, mais aucun essai d'énumération complète, de large classification, de systématisation rationnelle : tels sont

(1) GAÏUS, Comm. I, parag. 38.

(2) GAÏUS, Comm. I, parag. 48 et 49.

les caractères de l'œuvre de Gaius, et en général de l'œuvre théorique romaine.

Nous savons bien que certains auteurs ont voulu voir dans des écrits antérieurs de deux siècles environ à l'époque de Gaius les premières ébauches d'une théorie juridique : on a notamment décerné à Servius, sur la foi d'une appréciation flatteuse de son contemporain Cicéron, le titre d'innovateur de la science du droit.

Mais nous ne sommes pas en mesure de contrôler l'éloge de l'illustre écrivain, et il nous est permis de penser que Servius fut tenu en grand honneur pour avoir seulement rédigé quelques traités dogmatiques conçus avec une méthode plus rigoureuse que celle de ses devanciers. De là à admettre qu'il ait, seul de son époque, fourvoyé au milieu des praticiens qui l'entouraient, édifié une véritable théorie, telle que nous la comprenons aujourd'hui, il y a loin, et nous ne dissimulons pas sur ce point notre profond scepticisme.

Au reste, s'il est vrai que Servius ait ainsi brillé d'un particulier éclat, il faut bien penser que son exemple n'a guère suscité d'adeptes, puisque nous rencontrons dans les siècles suivants, notamment avec Gaius, la même absence de théorie vraie qu'avant son apparition.

En définitive, même si, à la fin de l'époque classique, une brève lueur de théorie a passé dans le ciel du droit romain, son rayonnement a dû être bien fugitif : l'esprit pratique a très vite repris le dessus, et l'impression d'ensemble que l'on peut retirer de l'étude du droit romain, sinon dans les ouvrages de ses inter-

prêtes modernes, du moins dans l'examen de ses sources, c'est que ce droit a été essentiellement un droit de réalisation.

II

Ce n'est que plus tard, et progressivement, qu'il a abandonné cette sécheresse primitive si frappante. Il est intéressant de suivre son évolution dans le cours des siècles.

Aux premiers temps du moyen-âge, c'est-à-dire du VI^e au XI^e siècle, on ne songe guère à un enseignement théorique du droit romain. Il n'est même pas sûr qu'il y ait eu des écoles avant le début du XI^e siècle, bien que l'on rencontre parfois dans les manuscrits le terme de *junior doctor* : la confrontation des anciens textes les uns avec les autres nous amène en effet à penser que cette dénomination pouvait désigner les échevins, les notaires et autres praticiens, aussi bien que des professeurs ou des diplômés d'écoles.

Le manuscrit de Petrus, qui remonte vraisemblablement à la deuxième partie du XI^e siècle, renferme à notre connaissance la première exposition systématique du droit romain. Cette œuvre est divisée en quatre livres, traitant successivement des personnes, des contrats, des délits et de la procédure. L'auteur suit et interprète des textes romains puisés, dit-il, dans les Institutes, le Digeste, le Code et les Novelles.

Vers la même époque, on retrouve des traces de

certaines écoles, qui se seraient fondées notamment à Rome et à Ravenne.

Mais ce ne sont là que des essais bien timides encore et fort imparfaits. Il faut aller jusqu'au XII^e siècle pour voir soudain, après cette période de préparation latente, le droit romain rayonner d'un subit éclat : on a souvent qualifié cette époque en disant qu'elle marque la renaissance des études de droit romain ; il vaut mieux dire éclosion ou épanouissement, pour rappeler le lent travail des siècles précédents, qui avaient produit déjà le Petrus et le Brachylogus, et jeté à Rome et à Ravenne les premiers fondements d'un enseignement de l'ancien droit.

La rénovation des études de droit romain par l'école de Bologne n'en est pas moins très réelle. Le XII^e siècle marque un essor rapide de la « théorification » du droit romain. Irnerius et ses disciples fondent une école bientôt florissante, dont la réputation bondit par delà les Alpes. C'est l'école connue sous le nom d'école des glosateurs.

Nombreux sont les disciples qui viennent écouter la parole de maîtres éminents : ceux-ci font des cours et dirigent des *repetitiones* et des *disputationes*, c'est-à-dire des explications détaillées de textes romains et des discussions sur certains points de droit, généralement de caractère très pratique.

Le professeur, si nous en croyons la parole de Savigny dans son intéressant ouvrage sur l'histoire du droit romain au moyen-âge, « commençait par le résumé du titre entier (*summa*) ; passant ensuite aux différentes

lois, il lisait le texte adopté par lui, indiquait l'espèce de la loi, résolvait les antinomies apparentes, dégageait les règles générales du droit (*brocarda*) et parlait ensuite des procès réels ou fictifs dont cette loi pouvait donner la décision (*quaestiones*).... » (1). Un grand nombre de gloses nous sont parvenues; nous possédons même le texte des cours d'Ason et d'Odofredus. Nous sommes donc en mesure de juger l'œuvre des glossateurs.

Or, il ne nous paraît pas douteux que les gloses constituent l'origine de la théorie du droit romain; et dans l'intérieur même des gloses, certaines parties peuvent être regardées plus directement comme des essais réels de systématisation : ce sont les « *sommes* », ces résumés de toute une tranche de droit, qui servirent d'abord d'entrée en matière, d'introduction aux cours exégétiques, et qui, dans la suite, furent détachés et conçus comme ouvrages indépendants.

Les *sommes* revêtent un caractère nettement plus théorique que les écrits des juristes romains. Elles présentent des vues d'ensemble, de sérieux essais de systématisation, avec des classifications et des définitions précises ; elles rassemblent en faisceau les grandes lignes d'une institution, en un mot elles font œuvre théorique.

D'un coup, la science juridique du moyen-âge prend son essor. L'on voit surgir d'autres écoles, d'abord filiales de Bologne, comme celle de Padoue, puis détachées d'elle ou naissant autonomes, comme celles de Pise, de Vicence, de Paris.

(1) SAVIGNY, *op. cit.*, t. II, p. 388 (traduction Guenoux).

C'est alors qu'avec une méthode d'interprétation pure, ayant l'exégèse pour fondement unique de leur doctrine, les romanistes du moyen-âge ont élaboré cette œuvre puissante, vigoureuse et nette de la systématisation progressive du droit romain. Et l'âge d'or commence pour cette étude, à la décadence de laquelle nous assistons aujourd'hui.

Mais bientôt, suivant l'évolution générale que nous avons tracée au début de ces développements, ici comme ailleurs la théorie finit par trop se détacher des faits et des textes. Dans la première moitié du XIV^e siècle, Bartole est déjà obligé de réagir contre les fâcheuses habitudes contractées peu à peu par les romanistes : ceux-ci, au lieu de puiser le droit dans les textes, finissaient par interpréter purement et simplement les anciennes gloses. Mais Bartole avait en vue bien plus l'utilité pratique immédiate que le souci de la vérité historique : son but était de courber le droit romain au service des besoins présents, et de donner du poids à sa « politique », — pour employer ce mot dans son acception nouvelle —, en appuyant ses réformes sur l'autorité alors souveraine du droit romain. Il était amené dès lors à déformer parfois le sens des textes ; ses attaques dirigées contre l'interprétation routinière des gloses sont tendancieuses et cet auteur aboutit en définitive au même éloignement de la vérité scientifique que ses devanciers.

Cependant ses critiques portèrent leurs fruits et l'influence de son école fut grande en France jusqu'au XVI^e siècle. A cette époque, l'école historique d'Alciat, de

Cujas et de leurs disciples, reprenant la méthode des premiers glossateurs, revint délibérément à l'étude des textes.

Mais en Allemagne l'influence des Bartolistes se fit sentir plus lourdement et en ce qu'elle avait de plus fâcheux : depuis l'introduction du droit romain au XV^e siècle la théorie y fut essentiellement spéculative et le devint chaque jour davantage.

Le contre-coup, naturel en France où l'érudition nébuleuse des savants allemands a toujours fait prime, amena dans la science de notre pays une nouvelle régression, — si bien qu'on aboutit de part et d'autre à ces excès contre lesquels Ihering s'est élevé avec tant de vigueur, provoquant l'heureuse réaction que nous avons, depuis un certain nombre d'années, la fortune de constater des deux côtés de la frontière.

En définitive et pour donner une conclusion à cette rapide vue d'ensemble jetée sur l'histoire de la théorie du droit de Rome, nous estimons qu'à l'époque romaine la théorie juridique n'a pas eu de place marquée. Elle était incompatible avec les qualités de ce peuple si foncièrement pratique que la netteté concise de ses inspirations confine toujours à la sécheresse.

Aussi les juristes romains ne se sont-ils pas embarrassés de théorie et ne l'ont-ils connue que subconsciemment.

Ce sont les interprètes du droit romain qui en ont édifié la théorie, depuis l'époque des glossateurs jusqu'aux temps modernes. Ils prétendent aujourd'hui avoir trouvé cette théorie toute faite, mais ils ne parviennent pas à nous faire partager leur conviction d'historiens trop enthousiastes et un peu imaginatifs.

CHAPITRE II

La Théorie et son évolution dans le Droit Français

- I. — *Origines de la théorie en droit français. — Double cause de sa formation : en premier lieu l'incertitude du droit et la nécessité de fixer les coutumes, en second lieu l'imitation des traités contemporains sur le droit romain. — L'essai d'une théorie au XIII^e siècle contient un aveu d'impuissance.*
Beaumanoir, premier théoricien du droit français : les Coutumes de Beauvoisis. — Ses successeurs : Dumoulin, d'Argentré, Loisel, Furgole, etc... — Domat et Pothier.
- II. — *La période révolutionnaire : apogée de la théorie rationaliste.*
Les interprètes du Code civil : l'exégèse des codes comme seule source de la théorie juridique. — La logique dans le droit : dialectique traditionnelle.
- III. — *Réaction contemporaine : la théorie positive et expérimentale.*

Après avoir brièvement étudié le développement de la théorie du droit romain aux diverses époques de son histoire, nous allons maintenant nous attacher à notre droit national, pour essayer d'en dégager une évolution parallèle. Si le processus que nous avons esquissé au début de cette étude est conforme à la réalité, nous devons retrouver la même élaboration lente de la théorie, et noter des étapes analogues.

Nous l'avons vu, le droit romain n'a pour ainsi dire pas connu de théorie tant qu'il s'est développé sur son terrain d'origine ; il n'a été « théorifié » qu'après que ce terrain, retourné et bouleversé, eût complètement changé de composition intime, ou après que le droit eût été transplanté dans des pays d'adoption, comme la France, ou d'étude, comme l'Allemagne.

Tout au contraire, la théorie du droit français présente à notre observation une progression plus homogène, moins fragmentée, moins heurtée, partant plus facile à suivre.

Du reste, le droit français est arrivé plus vite à l'époque de formation théorique, et cela se comprend si l'on songe à l'enseignement admirable que lui donnait le progrès rapide de la théorie du droit romain : la conception du droit étant plus avancée en âge devait avoir une tendance plus impérieuse à la systématisation spéculative.

I

La théorie du droit français est née d'une part de l'incertitude du droit et de la nécessité de fixer les coutumes, d'autre part de l'imitation des traités contemporains sur le droit de l'ancienne Rome.

Qui ne sait la diversité extrême des coutumes et des usages locaux au moyen-âge ? Il suffit de jeter les yeux sur la carte dressée par Klimrath (1) pour s'apercevoir de la confusion qui devait nécessairement régner. Les difficultés sans cesse soulevées par ce droit hétérogène étaient presque insolubles : si bien que l'arbitraire des juges pouvait se donner libre cours. Nul n'était sûr de la solution d'une question juridique, si simple apparût-elle au premier examen. Comment eût-il été possible de connaître le droit ? Quel cerveau eût été assez puissamment organisé pour enregistrer sans défaillance cette formidable diversité, véritable manteau d'Arlequin jeté sur le droit de cette époque ?

Aussi l'essai d'une théorie, dans la deuxième partie du XIII^e siècle, contient-il implicitement un aveu d'impuissance : ne pouvant tout connaître, le juriste était dans la nécessité de simplifier le contenu des notions en les généralisant et les classant. De là l'efflorescence remarquable des coutumiers privés.

Il ne faut pas croire cependant que tous contiennent

(1) KLIMRATH, Travaux sur l'histoire du droit français, 2 vol.

un germe de théorie. La plupart ne sont que des compilations, des mementos rudimentaires, sans lien ni cohésion. Tels sont notamment le très ancien Coutumier de Normandie, le conseil de Pierre de Fontaines, le Livre de Jostice et de Plet, les Etablissements de Saint-Louis, et même, quoique datant de la fin du ^{xiv}^e siècle, le Grand Coutumier de France.

Mais déjà dans le Grand Coutumier de Normandie, du ^{xiii}^e siècle, on pouvait remarquer une grande netteté et une bonne méthode d'exposition. Si ce n'est pas encore, — loin de là —, un ouvrage de bonne théorie, il contient tout au moins un germe assez significatif.

Un peu plus tard apparaît le traité de Beaumanoir, « les Coutumes de Beauvoisis », qui constitue véritablement le premier essai d'une théorie juridique.

L'auteur de cette œuvre saillante, « la plus originale, la plus remarquable de tout le moyen-âge » au sens de M. Viollet (1), ne se contente pas de compiler, de noter les coutumes; il cherche les raisons, dégage le principe des institutions. Il disserte sur les rapports entre l'Eglise et l'Etat, sur les droits du roi, sur le servage. L'intitulé même de certains de ses chapitres est éloquent; citons notamment : chapitre XXIII, « Parole queus choses sont muebles et queus choses sont éritages selonc la coutume de Beauvoisins. » Chapitre XXIV, « Parole quel choses est coutume et quel chose est usage, et de la disférence qui est entre coutume et usage, et

(1) VIOLLET, Histoire du droit civil français, p. 185.

liquel usage valent, et liquel non » (1). Voilà un essai très net de théorie faite à l'image des sommes de l'école de Bologne.

L'exemple de Beaumanoir ne fut pas toujours suivi : un siècle plus tard, le Grand Coutumier de France ou coutumier de Charles VI, œuvre privée en dépit de son titre, est une simple compilation, sans ébauché de construction théorique.

Mais le germe jeté par Beaumanoir ne devait pas rester stérile. Deux siècles et demi plus tard, Dumoulin ouvrait une ère florissante de théorie juridique : dans son traité de la Coutume de Paris, et dans sa fameuse « *Extricatio labyrinthi dividui et individui* », il nous présente, non sans une certaine obscurité, des essais au premier chef théoriques, particulièrement dans le deuxième ouvrage.

Puis, pour ne citer dans ce bref historique que les plus marquants, d'Argentré, Loisel, Furgole, Domat, enfin Pothier continuent cette tradition.

Domat et Pothier méritent une place à part dans l'histoire de l'élaboration théorique du droit français.

Domat s'est attaché à dégager avec netteté, et dans un ordre logique, les principes de chaque matière, les maximes fondamentales du droit. C'était un esprit philosophique, doué d'une grande élévation de pensée. Il fut, à en croire Boileau, « le restaurateur de la raison dans la jurisprudence ». Les « lois civiles dans leur

(1) Les coutumes de Beauvoisis, éditées par Salmon, 1899-1900, 2 vol.

ordre naturel » ont droit à la vedette dans une histoire de la théorie juridique.

Pothier, moins original ,mais très sensé et merveilleusement clair, achève l'œuvre et l'élucide, en laissant un traité complet de droit civil, précieux pour les futurs rédacteurs du Code Napoléon.

La théorie du droit est née et s'est ainsi développée sans heurts, lentement et sûrement. Avant la période révolutionnaire elle est parvenue à maturité. Ferme, nette et se gardant de tout excès, restant très près de la pratique dont elle connaît admirablement les besoins, ses discussions sont cependant assez élevées, elles approfondissent suffisamment le contenu et les origines des droits pour mériter sans conteste le titre de théorie juridique.

II

Avec la Révolution apparaît une époque de rationalisme convaincu. Sous les auspices des doctrines philosophiques du XVIII^e siècle, on introduit dans le droit le grand principe de l'omnipotence de la raison. Ainsi que nous nous proposons de le montrer au chapitre suivant, les lois elles-mêmes deviennent des prétextes à exposés théoriques. Dans l'esprit du législateur, la loi est souveraine : elle suffit à gouverner la société jusqu'en ses rouages les plus intimes. Une déclaration de droits change la face de l'univers !

C'est à cette époque que commence l'apogée de la

théorie. Son pouvoir indéfini est le dogme central de cette religion rationaliste, de ce grand souffle de foi qui embrase les apôtres de la Convention. Une des idées fondamentales du droit de cette époque est que la théorie engendre la pratique, que seule elle la gouverne, l'organisant ou la bouleversant à son gré. On tombe dans l'étrange excès d'une théorie considérée comme seule créatrice de mouvement, puisant en elle-même sa force, comme illuminée intérieurement d'une lueur mystique. Le théoricien peut afficher le dédain le plus entier de l'observation : le droit ne vient pas d'en bas, il s'impose d'en haut. Il est élaboré sous forme de lois par les esprits supérieurs qui prennent en eux-mêmes conscience du juste et légifèrent suivant l'équité.

La théorie de cette époque est en définitive essentiellement apriorique, volontairement distante des réalités, — de ces réalités que l'expérience des siècles précédents avait montrées injustes par nature et par fatalité, — mêlant aux règles de droit les préceptes de morale, comme aimait à le faire, quelques siècles auparavant, le droit canon.

On dût par la suite en rabattre et convenir que ni la raison ni la loi ne peut mener les événements ni les sociétés. Et les codes furent rédigés dans un esprit moins idéaliste.

Cependant les auteurs qu'on a rangés sous la dénomination commode d'école des interprètes du Code civil, prenant comme base unique de leurs recherches la législation écrite, se livrent à leur tour à un nouvel et véritable abus de théorie. Les adeptes de cette école

ignoraient tous, comme Bugnet, le droit civil. Leur seul but était l'exégèse des codes, conduite par la raison et la logique les plus rigoureuses.

Ils partent de ce postulat que la solution de tous les problèmes se trouve dans la loi. C'est le point de vue de Demolombe, de Merlin, de Toullier, de Demante, etc..., de Laurent surtout, le prototype de cette école. C'est encore celui de Valette, qui écrit dans son Cours de Code civil : « On a tant légiféré, surtout depuis soixante-dix ans, qu'il serait bien étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives » (1). Et Laurent se demande ingénument comment il peut se faire que l'incertitude ait reparu dans une science « qui devrait avoir la stabilité des sciences exactes, puisqu'elle repose sur des textes authentiques » (2).

La science du droit se résout alors en une logique. Par une interprétation méthodique et merveilleusement fouillée, on exprime des termes de la loi tout ce qu'ils peuvent contenir. On discute à perte de vue sur le sens d'un membre de phrase, sur le caractère déclaratif ou limitatif d'une disposition, sur les analogies ou les contrariétés.

On organise une casuistique impérieuse et compliquée. Spruyt, en 1814, donne une nomenclature analytique et complète des arguments légitimes : ils sont

(1) LAURENT, Cours de droit civil.

(2) VALETTE, Cours élémentaire, préface, p. 6.

au nombre de vingt-trois..., que nous nous garderons d'énumérer ici ! (1).

En 1836, Mailher de Chassat divise les motifs en raisons de douter et raisons de décider. D'après lui, il y aurait seize cas d'interprétation extensive. L'ouvrage se termine, à grand étalage, par cent préceptes d'interprétation en latin (2).

En 1852, Delisle établit la marche à suivre dans toute interprétation et détermine la succession des divers points à examiner. Il place en exergue de son ouvrage ce principe : « On doit en premier lieu, entre les divers sens possibles des textes, admettre celui qui est le plus conforme aux règles de l'honnête et de l'utile ». (3).

Cette école présente à notre observation un excès incontestable : elle fonde une théorie aussi éloignée des faits que l'était celle de la période révolutionnaire, car elle ne les connaît qu'indirectement, par l'intermédiaire et sur la foi des textes législatifs. Elle aussi croit à la souveraineté de la raison et à la toute puissance de la théorie. La place de la théorie est au sommet d'une tour d'ivoire, d'où elle commande librement la pratique.

Or, en définitive, que l'on jette les fondements de la théorie sur le concept de la raison souveraine ou sur

(1) SPRUYT, Introduction à la dialectique légale.

(2) MAILHER DE CHASSAT, Traité de l'interprétation des lois.

(3) DELISLE, Principes de l'interprétation des lois, 2 vol., p. 575.

celui du caractère sacré des textes, l'aspect du monument théorique sera le même, aussi idéaliste, altier, rigide, vert-de-grisé ! La théorie ne peut s'élever que sur les bases de la réalité constatée par l'observation, à l'aide de l'expérience.

Depuis quelques années enfin, nous assistons à une réaction positive. Nombre d'auteurs modernes ont fait, parfois avec âpreté, le procès de l'école des interprètes, et diverses tendances nouvelles se sont fait jour. Bien que différant par le détail, elles sont toutes dirigées vers un but commun : rapprocher le plus possible la théorie des réalités, l'assouplir aux perpétuelles évolutions de la pratique.

Dans la conclusion de notre étude nous serons amené à étudier de plus près cette tendance des auteurs modernes ; qu'il nous suffise pour l'instant de constater que la théorie s'efforce de devenir expérimentale, accomplissant ainsi le dernier stade du processus général que nous avons tracé.

Ainsi que nous l'avons vu, la ligne courbe de cette évolution est ici brisée par un brusque retour en arrière, qui marque l'époque révolutionnaire et celle des interprètes du Code civil. Mais ce n'est là qu'un incident : le développement de la théorie juridique en France n'en reste pas moins, dans ses grandes lignes, tel que nous l'avons décrit au cours de notre introduction.

CHAPITRE III

La théorie dans la législation, les projets de Code civil Français, le Code Napoléon et le nouveau Code civil Allemand.

I. — *La législation française. — Les projets de Code civil et leurs tendances théoriques à l'excès.*

Le Code civil de 1804 : ses tendances pratiques. — Absence de définitions légales. — Place restreinte de la théorie.

II. — *Le nouveau Code civil allemand. — Inconvénients de sa technique. — Place large réservée au droit théorique. — Double tendance : réglementation détaillée à l'extrême, et position de vastes principes.*

Dans quelle mesure la théorie a-t-elle pénétré les législations modernes ? Telle est la question à laquelle nous amène maintenant cet aperçu général de l'évolution de la théorie et des formes diverses qu'elle peut revêtir dans le droit.

I

« La législation n'est qu'un écho de la mentalité d'un temps », a-t-on dit (1). Aussi ne serons-nous pas surpris de rencontrer dans les premiers projets de code civil français cette tendance au dogmatisme, au rationalisme outrancier, que nous signalions au chapitre précédent.

Le législateur révolutionnaire part, en effet, d'un postulat théologico-métaphysique. Il proclame sa foi en un ordre de choses harmonieux, il croit au sacrifice volontaire des intérêts particuliers, immolés par chaque citoyen pour le bien de tous.

Ainsi que M. Géný l'a très bien montré dans son article sur la technique législative dans la codification civile moderne (2), le premier projet de Cambacérès offre un caractère nettement théorique. On y rencontre des définitions fréquentes, telles les suivantes : « La tutelle est la protection due à l'enfant et au faible : c'est une charge publique » (3). « La possession à l'égard des biens corporels est la détention d'une chose que nous tenons en notre puissance, soit par nous-même, ou par quelqu'un qui en jouit en notre nom et pour nous... La possession n'est qu'un fait : elle n'est

(1) Maxime LEROY, *Esprit de la législation napoléonienne*, Thèse, Nancy 1898, p. 15.

(2) *Livre du Centenaire*, t. II, p. 989.

(3) Premier projet de Cambacérès, liv. 1^{er}, titre VIII, art. I, — FENET, t. I, p. 31.

pas un droit dans la chose qu'on possède, mais elle donne au possesseur le droit d'être réputé propriétaire de cette chose tant que le véritable propriétaire ne s'est pas fait connaître et ne réclame pas » (1).

On y lit aussi des préceptes de conduite, discutables au premier chef, et cependant déguisés en règles légales. Ainsi : « Le principal devoir des pères et mères, après avoir nourri et élevé leurs enfants, est de leur apprendre ou faire apprendre un métier d'agriculteur ou d'art mécanique » (2). L'auteur de ce projet essaie enfin parfois de justifier les dispositions légales en les motivant, ou d'en déterminer la portée par des exemples. En un mot, l'on a, en lisant le premier projet, « l'impression d'une œuvre scientifique réduite en articles de lois » (3).

Dans le deuxième projet, cette impression s'atténue sans s'effacer ; c'est bien encore, comme le disait Cambacérès lui-même, « un code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté ! » (4).

Le troisième projet dénote un tour d'esprit à tentatives plus pratiques. Les considérations philosophiques ont fait place à une réglementation plus détaillée et plus nette. Le ton a changé. La tradition reprend un peu du terrain qu'a perdu la raison.

(1) Loc. cit., liv. II, tit. II, art. 5. — FENET, t. I, p. 40.

(2) Premier projet de Cambacérès, liv. I, tit. V, art. 2. FENET, t. I, p. 25.

(3) GÉNY, Livre du Centenaire, t. II, p. 1008.

(4) Rapport de Cambacérès sur le deuxième projet, — FENET, t. I, p. 109.

Puis vient le projet Jacqueminot, nouvel acheminement vers la manière du futur code.

Mais le projet de l'an VIII nous ramène en arrière. On y retrouve les mêmes tendances que dans l'œuvre de Cambacérès, en plein relief dans le livre préliminaire, un peu atténuées dans le corps du projet. Les définitions y abondent, ainsi que les classifications générales et les vues abstraites.

Nous arrivons, avec le code de 1804, à une technique toute opposée : les définitions notamment deviennent rares. On peut en signaler cependant quelques-unes, par exemple aux articles 716 (le trésor), 1003 et 1010 (legs universel et à titre universel), 1168 (obligation conditionnelle), 1265 (cession de biens). On pourrait être tenté de ranger dans cette catégorie certains textes comme l'article 693 sur la destination du père de famille, les articles 1197 et 1200 sur la solidarité, 1217 et 1218 sur les obligations indivisibles, etc... Mais il ne faut pas se laisser leurrer par la forme : ce sont là uniquement des indications sur les effets et les caractères des institutions juridiques, ce sont souvent aussi des règles d'interprétation, bien plutôt que des définitions proprement dites.

Il est du reste à remarquer que les auteurs se sont bien rarement contentés de reproduire les textes de notre code pour définir nos institutions : ils ont été amenés à les rectifier, à les compléter surtout, et il faut avouer qu'ils ont dépassé les rédacteurs du code dans cet art difficile.

Au surplus, que de fois notre code suppose connue

l'institution qu'il entreprend de régler ! Où a-t-il dit ce qu'il faut entendre par rétroactivité, ou seulement par droit ? Où a-t-il déterminé le sens des termes *capacité* et *incapacité*, *nullité relative*, *absolue* ou de droit, *administration libre*, *pure* ou *simple*, etc... Les rédacteurs ont vu les faits, sans se charger d'idées abstraites. Leur terminologie abonde en mots passe-partout, employés sans ménagements pour la commodité du langage, tels que *tiers*, *biens*, *choses*, *actes*, etc...

En un mot ils n'ont pas fait œuvre de théoriciens, mais uniquement de praticiens, rompant ainsi de façon absolue avec l'orientation des premiers projets. Nous pouvons dire en définitive que la théorie, sans être absolument exilée de notre code, n'y occupe qu'une place infiniment réduite.

II

Combien plus grande est celle qu'elle tient dans le nouveau code civil allemand.

Celui-ci se conforme en ce point à la tendance actuelle des législations. Si nous avons choisi comme exemple la codification d'outre-Rhin, c'est qu'elle représente le type le plus caractéristique de texte à la fois théorique et pratique, faisant une large place aux principes, aux définitions, aux conceptions philosophiques du droit, — un peu comparable en cela à notre législation révolutionnaire, — mais ne se bornant pas comme elle aux vues d'ensemble, et conservant toujours le souci de régler par le détail toutes les petites ques-

tions qui peuvent surgir dans la vie complexe des sociétés.

C'est, en effet, le caractère saillant du second projet, que cette double tendance, très originale, à la réglementation du plus grand nombre possible de situations juridiques, et à l'affirmation de vastes principes contenant implicitement toutes les solutions.

Cependant nous ne professons pas pour ce code une admiration sans mesure. Nous ne croyons pas qu'un législateur soit tenu de tout prévoir ; nous serions tenté de faire nôtre la position prise par Cambacérès, qui reconnaissait en déposant les premier et troisième projet, que le code ne devait avoir qu'un seul but . « poser des principes féconds qui puissent d'avance résoudre beaucoup de doutes et saisir des développements qui laissent subsister peu de questions » ; et encore : « Ce serait se livrer à un espoir chimérique que de concevoir le projet d'un code qui préviendrait tous les cas » (1). Le même principe était admis par Portalis , qui déclarait : « A l'ouverture de nos conférences nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue que, dans la rédaction d'un code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout » (2) ; ou enfin, dans un passage tout entier remarquable : « Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas... » (3).

(1) FENET, t. 1, p. 2.

(2) FENET, t. 1, p. 467.

(3) FENET, t. 1, p. 469 à 476.

Le code civil allemand prend le contre-pied de ces idées si justes, et il aboutit à une réglementation parfois trop minutieuse. Etait-il besoin par exemple de consacrer quatre articles (961 à 964) à la question de l'envol des abeilles et du droit de suite de leur propriétaire ? C'est pousser bien loin le souci d'être complet !

La deuxième tendance du code allemand, qui le conduit à formuler de vastes principes théoriques, présente aussi son danger. L'inconvénient le plus grand d'une réglementation trop minutieuse est de mettre obstacle à l'évolution naturelle du droit, de l'immobiliser par des entraves trop nombreuses et trop étroites ; le danger d'une réglementation trop générale et théorique est de laisser le champ libre à toutes les fantaisies d'interprétation et de donner au droit positif une allure de morale imprécise. Au surplus, une formule qui veut être compréhensive à l'excès, contenir en elle un trop grand nombre de solutions, risque fort de devenir obscure : son application est par suite malaisée, et il ne sert de rien de l'avoir péniblement élaborée.

C'est là l'écueil qu'évite à grand peine le législateur théoricien, et sur lequel a fréquemment échoué le législateur allemand. Que penser, par exemple, de la formule suivante : « Sont accessoires (zubehör) les choses mobilières qui sans être des parties intégrantes de la chose principale, servent à atteindre le but économique de cette dernière, et se trouvent avec elle dans une relation extérieure qui répond à cette destination. Une chose n'est pas accessoire si dans l'usage elle n'est

pas considérée comme telle. L'emploi temporaire d'une chose au point de vue économique d'une autre ne fait point acquérir à la première la *qualité* d'accessoire de la seconde. La *séparation* temporaire d'une partie accessoire de la chose principale ne fait pas perdre à la première la *qualité* d'accessoire » (1). L'utilité pratique d'une pareille disposition est plus que problématique. C'est un flagrant abus de théorie législative.

Néanmoins il faut reconnaître que l'effort du législateur allemand pour donner asile à la théorie dans le code est louable et a eu en plusieurs points d'excellents résultats. Certaines dispositions de principes sont simplement admirables et devraient être reproduites dans toutes les législations. Telle la suivante, digne de figurer dans une déclaration de droits : « Il n'est pas permis d'exercer un droit lorsque cet exercice ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui ». (art. 226).

Voilà une très heureuse pénétration de formule théorique dans la législation. Quoiqu'il en soit du bien fondé de notre jugement sur la manière dont le nouveau code civil allemand a su la réaliser, cette pénétration est certaine et même fortement accentuée.

Nous ne parlons pas du premier projet, qui fut du reste repoussé comme trop peu pratique, inspiré de théories romaines et imbu d'un esprit doctrinaire à l'excès. Une pareille codification eût consacré le triom-

(1) Code civil allemand, traduction Meulenaere, art. 97.

ple de la théorie dans la technique législative, tellement elle se fût séparée de la manière jusque-là adoptée.

Le projet de 1896, bien qu'à tendances moins caractérisées, est conçu suivant le même esprit. La théorie y occupe encore une place importante. Le législateur n'a laissé passer aucune occasion d'affirmer un principe général de droit, de se livrer à une classification bien ordonnée et avant tout rationnelle, de donner une définition doctrinale, ou d'indiquer le point de vue philosophique auquel il se plaçait pour imposer une règle.

De là cette physionomie particulière du code civil allemand, cet aspect de grande solidité, de remarquable tenue intellectuelle, qui le rend comparable à une architecture de style, un peu massive et pourtant séduisante.

CHAPITRE IV

La théorie dans la jurisprudence

Difficulté extrême d'isoler la théorie dans la jurisprudence. — Cause de cette difficulté : l'indistinction du fait et du droit. — Leur séparation à l'époque romaine, grâce à une procédure formaliste et scindée. — La distinction maintenue seulement dans les qualités d'avoué, et, en principe du moins, devant les Cours d'assises. — Rôle de la Cour de cassation. Tâche de l'interprète des décisions jurisprudentielles : dépouillement et sublimation du droit. — Théories dégagées de la jurisprudence : l'abus de droit, etc... Intérêt de cette partie de l'œuvre théorique.

Parmi les diverses manifestations du droit, — doctrine, législation, jurisprudence —, cette dernière forme, à laquelle nous arrivons maintenant, est celle

où la théorie est peut-être le plus difficile à isoler. C'est qu'en effet, bien que la théorie soit à la base de toute décision, vivant dans les « attendus » une existence latente et virtuelle, elle fait corps si étroitement avec le fait, qu'elle perd toute individualité distincte.

Rares sont les jugements où le droit est absolument détaché du fait pour devenir l'objet de développements séparés. Le plus fréquemment le juge voit avant tout la question de fait; seule elle a déterminé la décision, à laquelle il s'agit, — après coup —, de trouver l'appui d'attendus juridiques. Souvent même ce sont les à-côtés du procès qui en ont commandé la solution.

Il faut déplorer de pareilles tendances. Devant les tribunaux, organismes chargés d'appliquer le droit aux espèces, on devrait marquer avec plus de soin, dans la présentation des procès, la démarcation entre les questions de droit et celles de fait.

A Rome, de tout temps, la procédure a connu trois phases, séparées par des césures très nettes : la première phase marquait la période des actes introductifs et préparatoires; lorsqu'elle prenait fin, les parties et le juge avaient fixé le point litigieux et posé la question de droit, distincte de la question de fait : c'est la *litis contestation* qui précisait le point de droit. Les phases suivantes contenaient la discussion devant le juge et enfin la période d'exécution.

Aujourd'hui, au contraire, le droit se mêle au fait et les juges rendent peu d'interlocutoires.

Il n'est pas étonnant au surplus que les magistrats

marquent une pareille tendance : le procès leur est si rarement montré sous l'angle juridique, dépouillé, ne fût-ce qu'un instant, de ses éléments occasionnels et contingents ! Les avocats plaident presque uniquement le fait et ne peuvent exposer le problème en droit sans mêler constamment à leur argumentation juridique des considérations qui y sont tout à fait étrangères. Ils s'efforcent en vain de se détacher du fait, ils y reviennent malgré eux.

Pendant il est certain que l'on a abandonné depuis longtemps les illusions dont se leurrèrent les hommes de la Convention lorsqu'ils croyaient pouvoir supprimer dans l'avenir toute controverse sur les questions de droit, par la rédaction de codes catégoriques et complets. Cambacérès n'a-t-il pas dit, à la séance du 17 juin 1893 : « A l'avenir les procès ne présenteront presque jamais que des points de fait à éclaircir, et la plupart d'entre eux seront terminés par un rapport d'experts ou par une preuve testimoniale » (1). Et encore, le 19 juin : « Aujourd'hui il n'y aura que des questions de fait, faciles à saisir, plus faciles encore à terminer » (2). On ne pense plus ainsi. Ni lois ni codes ne peuvent supprimer les questions de droit ; ils en font, au contraire, surgir sans cesse de nouvelles.

Dans la pratique des affaires, le fait n'est séparé du droit qu'à la fin des qualités, acte de procédure

(1) Réimpression de l'ancien Moniteur, t. 16, p. 672.

(2) Eod. loc., p. 695.

rédigé par l'avoué après le prononcé des jugements, et contenant le résumé du procès. Mais ce n'est là qu'une division de symétrie, car on se borne, sous le titre prétentieux de « question de droit », à poser de simples points d'interrogation, et en très petit nombre : sera-t-il fait droit à la demande principale, à la demande reconventionnelle, ordonnera-t-on la mesure d'instruction sollicitée, et enfin le traditionnel « quid des dépens ». C'est, on le voit, une séparation de pure forme, absolument dénuée de portée réelle.

Le fait est encore en apparence séparé du droit dans la procédure criminelle : le jury n'a à décider que le fait, et la Cour seule doit dire et appliquer ensuite le droit. Le rôle des jurés se borne en principe à répondre par oui et non à des questions telles que les suivantes : l'accusé est-il coupable d'avoir commis un vol, la nuit, avec effraction, en réunion de plusieurs personnes, etc...

Mais qui ne sait à quel point cette séparation du fait et du droit est illusoire ? Le jury ne répond pas seulement à la question de fait, puisque bien souvent il la tranche sciemment et volontairement à faux. Il sait que le vol a été commis la nuit, avec effraction, etc..., les accusés en font eux-mêmes l'aveu ; il n'hésite pas cependant à se mettre en contradiction avec la vérité reconnue et à répondre par la négative à la question posée. Ce faisant, il juge le droit.

La séparation du fait et du droit est encore apparente pour une autre raison, qui se rattache, celle-là, aux usages en vigueur dans les Cours d'assises. Lors-

que le jury va répondre aux questions de pur fait, il fait appeler le président de la Cour et lui tient à peu près ce langage : « Si nous répondons de telle ou telle manière à vos questions, quelle peine prononcerez-vous ? »

Les jurés ne veulent bien souvent résoudre les questions de fait qu'en pleine connaissance de la solution de droit que vont entraîner leurs réponses. Et, — le secret des délibérations n'étant qu'un vain mot en cette matière —, nous avons vu des jurés obliger, par une série de réponses négatives, les magistrats à prononcer un acquittement, parce que le président de la Cour s'était refusé à leur promettre l'extrême réduction de peine qu'ils prétendaient lui imposer. Mais nous avons aussi, en sens inverse, vu certains présidents prendre vis-à-vis du jury des engagements formels sur l'application des pénalités encourues, et lui indiquer, pour en obtenir un verdict de culpabilité, que la condamnation serait seulement portée à telle ou telle peine minima.

Où est, dans de semblables conditions, la séparation voulue par la loi ? La pratique a eu vite fait de tourner une réglementation qui lui semblait intolérable. Les jurys, mal satisfaits de leurs pouvoirs restreints et redoutant les surprises que pourraient occasionner leur ignorance du droit, ont su frapper la loi d'impuissance. Dès lors, ici comme ailleurs, règne l'indistinction presque absolue du fait et du droit.

En principe cependant, la séparation en est remise aux soins de la Cour de Cassation, qui doit seulement

examiner le droit sans pouvoir connaître du fait, celui-ci étant définitivement apprécié par les juridictions ordinaires. La Cour suprême relève les violations de textes, et aussi, par une extension peu à peu entrée dans les usages, les erreurs d'application des principes juridiques.

Il semble donc que l'on ne devrait pas pouvoir lui adresser le même reproche qu'aux autres juridictions : on croirait être en droit de chercher dans ses arrêts des exposés d'où la théorie se dégagerait d'elle-même, sans que l'on ait à lui faire subir aucune préparation.

Mais il n'en est pas toujours ainsi. Même dans les arrêts de la Cour suprême, il arrive fréquemment que le droit soit mal isolé, mal séparé du fait, et il faut le regretter. Certaines décisions laissent place à la controverse, car ce ne sont pas des principes d'ensemble que nous trouvons, mais des fragments de principes qui ne peuvent servir qu'à d'habiles reconstitutions.

Au surplus, si la Cour de cassation n'a pas à apprécier le fait, c'est qu'elle le trouve sous forme de données obligatoires, et elle peut, comme les tribunaux ordinaires, mêler ces données à ses considérations de droit, et aboutir ainsi à la même indistinction, à la même perception du droit à travers le fait.

Cette irrésistible tendance du juge à individualiser le droit ne laisse pas que de jeter une certaine confusion dans les données positives de la jurisprudence et de restreindre considérablement la part de la théorie dans cette manifestation du droit. Le Droit est ainsi moins bien fixé que si le juge avait l'habitude de le

dire sous une forme, non pas plus générale, — ce serait dangereux, — mais seulement mieux dépouillée des à-côtés inutiles, et des contingences du cas particulier.

La tâche de l'interprète est par là rendue plus difficile. Il doit mettre en parallèle les diverses décisions recueillies sur une question donnée, rapprocher et comparer les espèces, opérer une sélection, souvent concilier entre elles des solutions divergentes, faire tomber leur individualité comme une gangue, pour échafauder patiemment ce qui ne deviendra digne du nom de théorie qu'après ce labeur attentif de dépouillement et de sublimation. Le travail de l'interprète est comparable à celui du chimiste qui fait passer dans une combinaison de tubes, de cornues et de serpents un corps composé et impur, pour dégager au bout le corps simple qu'il veut posséder sans alliage.

C'est la tâche des annotateurs d'arrêts et de la doctrine en général. Tâche difficile à mener à bien, car il faut connaître et combiner entre elles plusieurs décisions pour pouvoir isoler la théorie de toutes les circonstances de fait qui l'embarrassent.

Mais tâche séduisante aussi ! Elle a inspiré les travaux les plus attachants par la subtilité d'esprit qu'ils supposent, par la vie qu'ils reflètent en l'analysant, par le grain de philosophie juridique qu'ils contiennent.

C'est que, s'il est vrai que la jurisprudence renferme une part certaine de théorie, il n'est pas moins sûr que cette part demande à être ingénieusement isolée : presque toujours latente, elle veut être exprimée par l'interprète.

Elle l'a été souvent avec succès. Voyez par exemple de quelle admirable façon la théorie de l'abus de droit a été dégagée de la jurisprudence. Celle-ci l'avait conçue, mais laissée à l'état de chysalide. Seule la doctrine pouvait lui donner toute l'expansion qu'elle méritait. Dans quelle décision peut-on trouver, clairement exprimé, avec toute l'ampleur qu'il comporte, ce grand principe qui domine en quelque sorte tout le droit ? On le chercherait vainement. C'est d'un ensemble de jugements et d'arrêts qu'il se dégage, parti des juridictions inférieures, puis se propageant de proche en proche, s'imposant enfin avec la force d'un courant irrésistible. La théorie était contenue sans doute dans la jurisprudence, mais seulement à l'état latent : elle la commandait, mais en restant masquée derrière les décisions d'espèce. Il a fallu l'effort de la doctrine pour la faire d'un coup passer au premier plan !

A cet effort remarquable, notre excellent et distingué maître, M. Louis Josserand, a grandement contribué, de tout son talent délicat et profond, auquel nous sommes heureux de rendre, en cette occasion, le plus sincère hommage (1).

La théorie de l'abus de droit n'est pas la seule que la doctrine ait dégagée de la jurisprudence ou formulée en collaboration avec elle. Nous l'avons choisie comme exemple parce qu'elle est une des plus marquantes et des plus récentes à la fois. Nous en pour-

(1) Lisez : L. JOSSERAND, De l'abus de droit.

rions citer bien d'autres, au premier rang desquelles la théorie de la responsabilité des choses inanimées (1), celles de l'enrichissement sans cause, de la personnalité morale, de la dot incluse, des substitutions prohibées, de la stipulation pour autrui, etc...

Il est à remarquer que l'élaboration de la théorie par la jurisprudence et la doctrine ne suit pas toujours la même marche : tantôt c'est la jurisprudence qui jette le grain, la doctrine s'en empare et ne le rend aux juges qu'après l'avoir fait germer, puis éclore, et l'avoir enfin mené à maturité. Tantôt c'est la doctrine qui échafaude une théorie et la fait passer petit à petit, en revenant à la charge souvent, dans les décisions jurisprudentielles.

Quoi qu'il en soit, il est évident que la théorie, — ce terme étant pris dans son acception générale —, occupe une place dans notre jurisprudence. Toute décision contient une part théorique, plus ou moins facile à isoler, tantôt purement virtuelle, tantôt presque exprimée, toujours fragmentaire cependant et incomplète.

Echafauder la théorie juridique par reconstitution et par sublimation des fragments que lui livre la jurisprudence est une partie de l'œuvre doctrinale. C'est une tâche attrayante sans doute; mais est-ce sur ce chemin que la doctrine récoltera le plus de fruits ? N'y a-t-il pas danger pour elle à se livrer à ce sédui-

(1) L. JOSSERAND, La responsabilité du fait des choses inanimées.

sant travail de construction ? Comment faut-il qu'elle comprenne sa tâche pour rester dans les limites d'une théorification légitime ? C'est le grand problème de la conception idéaliste ou positiviste de la théorie juridique, problème dont nous renvoyons l'examen à la suite de cette étude.

DEUXIÈME PARTIE

LES MÉTHODES ET LES PROCÉDÉS DE LA THÉORIE JURIDIQUE ACTUELLE

CHAPITRE PREMIER

Positions diverses adoptées par la doctrine : Les méthodes juridiques

I. — MÉTHODE SOCIOLOGIQUE.

Sa marche générale : 1° L'observation. Impartialité exigée, mais inaccessible. — 2° Les classifications. — 3° L'établissement des lois à l'aide de l'induction. Phase critique : l'établissement d'une loi comporte toujours une part de création par impression, car

la loi est un contenant plus vaste que le contenu sur lequel on l'a modifiée. — 4° L'extraction du contenu des lois par le raisonnement déductif.

II. — MÉTHODE JURIDIQUE.

Interprétation purement logique des textes. — Son postulat : la Raison a engendré le Droit. Conséquence : il faut retrouver derrière le droit positif ses causes rationnelles, pour en déduire les résultats non exprimés.

Double croyance : croyance en des concepts innés, préexistants au droit positif, foi en la souveraineté de la logique dans le droit.

Double erreur : ce ne sont pas les principes qui engendrent le droit, et la logique n'y règne point.

III. — MÉTHODE DOGMATIQUE.

Doctrines du juste en soi. Assertions premières non soumises à preuve, comme provenant de l'intuition ou conscience directe. — Prototype de cette méthode : le kantisme. Kant et la doctrine du Droit. Les trois postulats de la méthode.

Pour cristalliser le droit en théorie, l'ont peut adopter différentes méthodes, et le résultat variera suivant la position choisie par le théoricien. Celui-ci peut,

en effet prendre appui sur l'observation ou sur la raison, induire les lois des faits ou les déduire des principes, hiérarchiser les rapports juridiques ou seulement les classer. De là, trois méthodes directrices, — sociologique, juridique, dogmatique — auxquelles nous allons consacrer une rapide étude (1).

I

MÉTHODE SCIOLOGIQUE

Stuart Mill a écrit : « Bacon a enseigné aux hommes à s'attacher à l'expérience, à fonder leurs conclusions sur des faits et non sur des dogmes métaphysiques » (2). C'est de cette inspiration générale, déjà ancienne, on le voit, que dérive la méthode sociologique.

Sa manière de procéder est la suivante : comme base, l'observation. C'est d'elle que dépend le succès de la méthode. Par là, la théorie prend contact avec le réel.

Observer juste n'est pas chose facile ; de grandes qualités sont au contraire requises : une vue nette des points saillants, — les caractéristiques de l'institution à noter —, une intelligence analytique apte à saisir le

(1) Nous nous sommes inspiré par endroits du très intéressant article de M. Deslandres, *La crise de la science politique*, dans la Revue du droit public, 1900, t. I, p. 5, 247 et 435, et 1901, t. I, p. 394, et t. II, p. 45 et 402.

(2) STUART MILL, *Système de logique inductive et déductive*, t. II, p. 469 (traduction L. PEISSE).

but et la fonction des rouages en mouvement, une impartialité absolue et systématique, enfin une patience de collectionneur : « il importe de baser ses efforts de généralisation sur des gerbes de faits nombreux comme les épis d'un champ. » (1).

La qualité la plus rare et la plus malaisée à acquérir est l'impartialité absolue. Pas plus que l'historien, le juriste y parviendra-t-il jamais ? « Je tiens à le déclarer sans ambage, a dit M. GénY, nous ne saurions, dans aucun système d'interprétation juridique, nous flatter de supprimer toute appréciation personnelle de l'interprète » (2). Nous nous rallions volontiers à cette opinion, qui considère comme inaccessible l'idéal auquel aspire M. Létourneau lorsqu'il écrit : « Dans une investigation sérieuse, le premier devoir est d'observer et d'enregistrer avec l'impartialité d'un appareil photographique, le second d'enregistrer et d'interpréter sans parti pris, et faisant au besoin litière de ses opinions » (3).

Sur les données de l'observation, la méthode sociologique échafaude les classifications. Phase délicate sans doute, mais dont la bonne fin dépend dans une large mesure des résultats de la première. Lorsque les caractéristiques des faits ont été nettement mises en relief par l'observation, la classification se résout en un travail presque mécanique.

(1) LÉTOURNEAU, L'évolution politique dans les races humaines, p. 2.

(2) GÉNY, Méthode d'interprétation..., p. 473.

(3) LÉTOURNEAU, L'évolution politique (op. cit.), p. 2.

La troisième opération à laquelle se livre la méthode sociologique est l'induction, dont la mission est d'établir les lois. Là est l'écueil, là le danger.

Etablir des lois ! Généraliser les données du réel, ne plus les considérer comme des choses, ainsi que le voulait Durkheim, mais comme des êtres, individualisés et animés d'un esprit, d'une tendance, donner à chaque fait un sens, un but et une finalité, voilà l'œuvre vraiment créatrice, mais surtout infiniment périlleuse de la méthode.

C'est la phase critique. Ici, bien que les principes de la logique puissent être d'un grand secours, ils ne sauraient suffire à mener le théoricien au bout de sa tâche. Disons-le nettement : l'établissement d'une loi comporte toujours une part de création par impression. C'est en effet l'intuition seule qui permet de découvrir le principe, dont le raisonnement cherchera ensuite à établir la légitimité. La logique est surtout un instrument de contrôle.

Au surplus, toute loi doit revêtir un caractère de généralité tel, qu'il est impossible à celui qui en établit la formule de prévoir toutes les hypothèses qu'elle pourra être appelée à régir. Aussi, plus une loi est générale et compréhensive, plus elle est dangereuse.

C'est en partant d'un nombre aussi grand que possible de constatations particulières que le théoricien fonde une loi. Mais cette loi est un contenant plus vaste que le contenu sur lequel on l'a modelée, et elle englobe sans cesse dans sa large compréhension de nouvelles hypothèses, de nouveaux faits, des réalités plus nombreuses.

C'est précisément là le péril. Etablir une loi, c'est créer. Le théoricien prétend en vain que la loi qu'il a découverte repose exactement sur la réalité ; elle perd contact avec le fait sur plus d'un point, elle innove toujours partiellement. C'est pourquoi nous pouvons dire que l'établissement d'un principe général est le plus souvent fondé sur une impression, un sentiment, autant que sur le strict raisonnement inductif.

Au terme de cette troisième phase, la méthode sociologique est en possession des lois. Elle a fait passer le droit de l'hétérogène à l'homogène ; il ne lui reste plus qu'à faire l'opération inverse, pour tirer des lois toutes les conséquences prévues ou nouvelles qu'elles peuvent comporter. Ici, intervient le raisonnement déductif commun à toutes les méthodes, et qui semble offrir au théoricien une plus grande sécurité que le raisonnement inductif. Dans les sciences comme celles du droit, où l'expérimentation est impossible ou n'a qu'une part très restreinte, l'induction étant basée sur l'expérience directe risque, en effet, d'être fautive et presque insoutenable en raison. Le raisonnement déductif est plus conforme à l'économie de ces sciences : mais lorsqu'on l'emploie, on s'aperçoit bien vite qu'il amène avec lui son cortège de surprises. Ici notamment, lorsqu'on tire des principes leurs conséquences variées, on en rencontre d'inattendues, parfois même de contradictoires. En outre, là où l'on croit se livrer à un pur raisonnement déductif, on se laisse aller malgré soit à des impressions, à des sentiments, ou à la satisfaction d'une tendance. Le théoricien voudrait en vain le nier.

Malgré ses quelques défauts, la méthode sociologique est digne d'estime, en ce qu'elle cherche ses points d'appui autant que possible sur les réalités, et prend pour base l'observation des faits concrets.

II

MÉTHODE JURIDIQUE

Telle est la première méthode générale que connaît la théorie du droit. La seconde est dite méthode juridique : celle-ci est aux antipodes de celle-là.

La méthode juridique repose en effet sur l'interprétation logique des textes et prend pour guide la raison. Le théoricien qui l'adopte part de cette idée que les institutions juridiques doivent leur existence à des concepts généraux qui leur sont antérieurs : c'est en vertu de ces concepts ,produits spontanés de la raison humaine ,que les règles positives ont été élaborées. La Raison a engendré le Droit.

Partant de cette croyance, l'adepte de la méthode fera porter tout son effort sur la découverte des principes générateurs. Il s'agit pour lui de reconstituer, par une exacte analyse des règles juridiques, de leur nature, de leurs rapports, les concepts premiers dont elle découlent. Pour celà, le théoricien devra assembler avec soin toutes les règles qui gouvernent une institution, ou même chercher dans diverses institutions tous les éléments épars qui peuvent être rapprochés comme provenant du même principe.

En possession d'un faisceau de règles spéciales, il découvrira par suite de raisonnements le principe commun et général dont chacune d'elles n'est que l'expression particulière et incomplète.

Telle est l'opération caractéristique de la méthode. Elle consiste à interpréter les textes en vue d'en déterminer le sens exact et surtout de formuler les principes généraux dont ils découlent. Interprétations littérale, logique, psychologique, historique sont mises en œuvre tour à tour ou simultanément.

Une fois découverts et formulés ces principes, la marche à suivre est la même que dans la méthode sociologique, en ce sens que le théoricien déduit des principes tout ce qu'ils contiennent et en tire par voie logique les règles non encore formulées.

L'originalité de la méthode juridique consiste donc uniquement dans ce fait que le théoricien, au lieu de chercher les principes du droit dans la constatation des rapports établis entre les hommes, prétend les découvrir dans le seul examen des règles de notre droit écrit. C'est, on le voit, par le mode de recherches, ou mieux encore par le champ où elles s'opèrent, que se différencient essentiellement les méthodes sociologique et juridique.

Comme la première, la méthode juridique ne cherche pas à savoir si la loi est juste; il lui suffit de savoir qu'elle est loi. Elle ne formule pas de jugement, elle constate seulement le droit écrit. En cela, elle se conforme à l'esprit de la parole de Montaigne : « Les lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes,

mais parce qu'elles sont lois, et quiconque obéit à la loi parce qu'elle est juste ne lui obéit pas par où il doit. »

La méthode juridique se sépare encore de la méthode sociologique par la pensée générale qui l'inspire. Elle a pour base une croyance idéaliste : alors que la seconde en effet se borne à constater des réalités, la première part de cette idée que les règles de notre droit positif sont dues à la préexistence de principes supérieurs qui en ont réglé l'établissement. Puisque les règles de notre droit n'ont été établies, à en croire la méthode juridique, que pour consacrer et sanctionner les principes innés de justice et d'équité, il faut par le raisonnement inverse, en remontant des résultats à leur cause, retrouver par l'examen des textes les concepts préexistants qui les ont inspirés ; puis, en possession de ces concepts originaires, en étendre l'application à toutes les hypothèses, à tous les cas concrets qui peuvent cadrer avec eux.

Cette première croyance en des concepts innés s'accompagne et s'aggrave d'une autre : la foi en la souveraineté de la logique dans le droit. Toutes les opérations de la méthode tendent à revêtir la forme logique : découverte des principes par l'analyse et l'induction, application de ces principes par le raisonnement déductif.

Double postulat, double croyance !

Que sont, en effet, ces catégories juridiques, ces principes générateurs, innés en l'homme et préexistants à tout droit positif, sinon des notions dérivées que notre

esprit dégage des constatations pratiques. Il n'y a rien d'inné, puisque l'on peut aisément constater « que le temps modifie les principes fondamentaux du droit aussi bien qu'il change les règles du droit. Les principes doivent nécessairement changer, car ils ne constituent point de simples catégories juridiques; ils sont la concentration de règles matérielles, et les règles changent avec les rapports » (1).

Au surplus, ce ne sont pas les principes qui engendrent le droit, « c'est le besoin pratique ou le sentiment juridique qui dicte la décision; la logique ne vient qu'après ;l'intuition juridique, c'est-à-dire la conviction d'une nécessité logique immédiate, n'a pas fait naître un seul principe de droit. » (2).

Et où voit-on régner la logique ? Dans le droit peu à peu élaboré subsistent bien des illogismes (3). L'harmonie est l'œuvre du théoricien, que nous voyons sans

(1) IHERING, *Esprit du droit romain*, T. IV, p. 304.

(2) IHERING, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 313.

(3) Voici deux exemples entre mille d'illogismes pratiques : en matière de fondations, la jurisprudence admet la possibilité de faire figurer, comme bénéficiaires de la charge, même des personnes non encore conçues à l'époque de la donation ou du décès du testateur, et quelque grand que soit l'intervalle qui les sépare de cette époque. Or, en matière d'assurances sur la vie, elle rejette absolument cette même possibilité.

Autre exemple : une femme mariée peut, avec la seule autorisation de son mari, aliéner tous ses immeubles par acte sous seing privé. Or, elle ne peut, sans l'intervention d'un officier public, renoncer à son hypothèque légale sur le moindre des immeubles de son mari

cesse chercher d'habiles conciliations entre les textes (1), ou les données pratiques contradictoires (2), ou étendre les faits rebelles sur un lit de Procuste nécessité par le besoin despotique de la symétrie. « C'est encore une illusion du même genre de croire que les principes tels qu'ils ont été établis, doivent entraîner à jamais toutes les conséquences qui y sont renfermées. C'est une belle chose que la pensée logique ! » (3). Et, plus récemment, mais dans esprit semblable, Chamberlain a pu lancer cette boutade : « La grande qualité des lois anglaises, c'est de n'être pas logiques. »

C'est donc en définitive sur une double erreur qu'est basée la méthode juridique. La mettre en lumière serait provoquer l'écroulement de cette méthode, si elle ne devait nous inspirer quelque respect par les résultats auxquels elle a su, malgré tout, atteindre et la fécondité dont parfois elle fait preuve.

(1) Les articles contradictoires appelant une conciliation théorique ne sont pas rares dans le code civil. Citons seulement : l'art. 1499 et l'art. 1504, les art. 1560 et 1561, 883 et 1220.

(2) Exemple : les donations doivent revêtir la forme authentique (art. 931 C. civ.). Cependant il est admis sans conteste aujourd'hui que les donations déguisées sont valables. « Pourquoi prêter au législateur un système aussi absurde ! » se récriait Laurent, et M. Huc trouve, lui aussi, l'absurdité « indéniable ».

(3) IHERING, *Satires et vérités*, Retour sur terre, p. 389.

MÉTHODE DOGMATIQUE

Nous éloignant de plus en plus des méthodes qui prennent appui sur l'expérience et sur les faits, nous rencontrons enfin une méthode idéaliste par essence, connue sous le nom de méthode dogmatique.

C'est la doctrine du juste en soi qui l'inspire. Ici, l'on ignore à la fois le fait et le droit positif : c'est le procédé métaphysique opposé au procédé scientifique. Le théoricien raisonne comme le géomètre : il part d'une série d'axiomes et de définitions qu'il pose comme principes nécessaires, indiscutables à son sens, — et le voilà suffisamment armé ! De ses définitions il déduit habilement, à l'aide de ses axiomes et par des sortes de théorèmes, une suite de propositions dont l'enchaînement constitue pour lui la science toute entière. Comme le géomètre, il démontre les propriétés des figures qu'il a construites, sans avoir jamais à vérifier par l'expérience les résultats de démonstrations logiquement inattaquables.

On le voit, cette méthode est, comme la précédente, déductive. Il faut, ainsi que nous l'avons fait pour les deux premières, chercher leur point de différenciation à leur base même. Ici aussi, on déduit logiquement les conséquences de principes une fois posés ; mais le champ de recherches des concepts généraux est tout autre : ce n'est plus le fait, comme pour la méthode sociologique, ce n'est plus le droit positif, comme pour la méthode juridique, c'est la propre conscience humaine, source directe de toute vérité.

Les assertions premières de la méthode ne sont point soumises à preuve, car elles proviennent de l'intuition ou conscience directe. C'est un agrégat de sophismes a priori, c'est-à-dire de syllogismes partant de prémisses non prouvées. Le fondement de la méthode est donc une foi. Son adepte croit à une vérité qui domine le droit et qui commande irrésistiblement toute solution. Le sentiment de l'équité, dit-il, doit suffire à tout : or, il se trouve au fond de tout esprit éclairé, qui prend naturellement conscience des vérités premières, absolues, immuables.

La doctrine-type inspirée par la méthode dogmatique est le kantisme. Il suffit de parcourir l'ouvrage de Kant sur « la doctrine du droit » pour comprendre à quelles extrêmités fâcheuses peut se laisser aller l'idéalisme juridique.

Dans cet ouvrage, l'immortel rêveur de Königsberg nous présente une doctrine du droit qui constitue comme une partie de la doctrine morale, et « qui veut être traitée comme un système qui procède de la raison et auquel on pourrait donner le nom de métaphysique du droit » (1). « Toutes les propositions de droit sont des propositions à priori, car elles sont des lois de la raison » (2).

Pour ce philosophe, il y a au-dessus de toute loi positive des principes immuables qui, « loin de tirer leur

(1) KANT, La doctrine du droit, traduction Barni, préface.

(2) KANT, op. cit., p. 72.

valeur de quelque législation écrite, fournissent à chacune son type et son critérium... » (1). Et tant qu'on n'a pas su s'élever jusqu'à ces principes supérieurs, on a beau être versé dans la connaissance du droit positif, on manque d'une règle indispensable pour reconnaître le juste et l'injuste, on ne peut savoir si le contenu de la loi est juste en soi.

Qu'est-ce que le droit ? se demande Kant. « Le jurisconsulte qui ne veut pas tomber dans une tautologie, ou renvoyer aux lois positives d'un certain pays ou d'un certain temps au lieu de donner une solution générale, pourrait bien se trouver aussi embarrassé par cette question que le logicien par celle-ci : qu'est-ce que la vérité ? » Il ne peut le savoir « s'il ne néglige pour un temps ces principes empiriques et... s'il ne cherche la source de ses jugements dans la raison pure, comme dans l'unique fondement de toute législation positive possible. Une doctrine de droit purement empirique peut être, comme la tête de bois de la fable de Phèdre, une fort belle tête, mais, hélas ! sans cervelle » (2).

C'est en partant de ces principes que Kant, toujours dominé par son amour de la rigueur systématique, établit une division dogmatique de tous les droits susceptibles d'être acquis par contrat, et classe les contrats eux-mêmes en unilatéraux, à titre gratuit, — onéreux ou de permutation, — enfin contrats de caution.

(1) BARNI, Introduction à la Doctrine du droit, p. 11.

(2) KANT, op. cit., p. 42.

C'est encore ainsi qu'il définit le droit d'occupation de la terre : un droit de prendre possession de tout le sol que pourra ensuite défendre celui qui veut se l'approprier : « C'est comme si la terre, dit-il, parlait ainsi : si vous ne pouvez me protéger, vous ne pouvez me commander ! »

Mû par une inspiration analogue, Rousseau, dans son *Contrat social* et dans le *Discours sur l'inégalité des conditions*, dépouillant l'homme de tout ce qui en fait un être social, arrive à sa conception idéale de l'homme de la nature, irréel et même insusceptible de s'accommoder avec la vie. Il se livre à une construction dogmatique, fondée sur la raison pure et ignorante des réalités.

On voit aisément tout ce que cette méthode a d'artificiel, d'inacceptable dans toute branche de notre connaissance, et combien il faut admettre de postulats pour lui donner une base. Ainsi que M. Deslandres l'a fort bien montré dans l'article cité au début de ce chapitre, la méthode dogmatique repose sur trois postulats, que l'on peut ainsi définir et résumer : les institutions sont des œuvres de notre raison et de notre volonté, — l'esprit humain est en possession de principes, vérités absolues qu'une évidence lumineuse et intérieure impose à notre entendement, — enfin les solutions juridiques ne changent ni avec le temps, ni avec le lieu, elles sont universelles et immuables.

Ce sont là non seulement trois postulats, mais trois erreurs certaines. De savants auteurs l'ont admirablement démontré; des philosophes ont lancé de célèbres boutades contre la conception du droit universel, natu-

rel ou immuable (1). Il sortirait des bornes de cette étude de nous engager à notre tour dans une aussi importante discussion, qui peut être au surplus considérée comme close.

Chacun sait, en effet, depuis de nombreuses années que le dogmatisme n'est que la méthode des affirmations sans preuves, déguisant les sentiments en axiomes. Cette méthode est tombée aujourd'hui dans un discrédit si profond qu'il est superflu de la combattre encore. Le reproche de dogmatisme est presque devenu une injure, qu'aucun théoricien de nos jours ne saurait supporter sans impatience.

Nous avons passé en revue, de façon pour ainsi dire schématique, les méthodes principales du droit, les trois types auxquels peuvent se ramener tous les procédés en usage chez les théoriciens.

Mais ce n'est là qu'une vue d'ensemble. Il faut maintenant nous attacher à pénétrer de façon plus intime le contenu de la théorie juridique, en nous efforçant de la décomposer en ses éléments irréductibles, pour en étudier le jeu et approfondir le mécanisme de la théorie du droit. Ce sera l'objet du chapitre suivant.

(1) Voyez notamment une série de citations dans Beudant, *Le droit individuel*, p. 13.

Montaigne a dit, dans son *Apologie de Raymond de Sebonde* : « Ils sont plaisants, quand, pour donner quelque certitude aux lois, ils disent qu'il y en a aucunes fermes, perpétuelles et immuables, qu'ils nomment naturelles... Or, ils sont si diffortunés que de ces trois ou quatre lois choisies, il n'y en a une seule qui ne soit contredite ou désavouée, non par une nation, mais par plusieurs. »

Et Pascal : « Trois degrés d'élévation au pôle renversent toute la jurisprudence. Un méridien décide de la vérité. »

CHAPITRE II

Analyse schématique de la théorie juridique actuelle

I. — LES CATÉGORIES JURIDIQUES.

Enumération par les summa genera de toutes les choses susceptibles d'être nommées. — Les étiquettes du droit : leur origine romaine.

Immobilité purement apparente des catégories juridiques ; leur changement de contenu, leurs déformations profondes : la rente, la gestion d'affaires. — Le contenu des catégories, en devenant plus vaste, s'est fatalement imprécisé. — Leur précision à l'époque romaine, en partie due au formalisme et aux règles de procédure. — Multiplication des institutions juridiques et des modes d'exercice des droits : leur pénétration réciproque. — Plus une science progresse et plus se comblent les fossés primitivement creusés entre les diverses catégories : histoire naturelle, chimie, droit. — Fusion progressive de certaines catégories,

lente disparition de certaines autres : noration, délit et quasi-délit.

Partant des catégories, double mouvement : faire rentrer les règles du droit positif dans les concepts traditionnels : interprétation : — faire rentrer les faits juridiques concrets dans ces mêmes catégories : explication.

II. — L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE.

Distribution des étiquettes courantes et limitées en nombre.

Modes usuels de raisonnement : les arguments d'analogie, a contrario et a fortiori. — Leur mécanisme caractéristique. L'argument d'analogie : sa fécondité, ses dangers. — Sa formule. — L'argument a contrario : son application possible aux mêmes cas que le premier. — L'argument a fortiori : c'est un argument d'analogie renforcé. Autres arguments, tous dérivés ou succédanés de ces trois types.

III. — L'EXPLICATION JURIDIQUE.

Elle consiste à se référer aux concepts traditionnels. Constitution de formules en quelque sorte chimiques.

IV. — LA CONSTRUCTION JURIDIQUE.

Fonction supérieure de l'organisme, à en croire Ihering. — Réalisation d'un double idéal, logique et esthétique. — Le système et ses lois.

La théorie juridique est une vaste construction de l'esprit, dont la pièce élémentaire est la notion catégorisée. En dernière analyse, en effet, l'élément irréductible de la théorie est le concept abstrait d'une forme de droit, c'est-à-dire d'une forme de rapport entre les hommes : nous ajoutons catégorisée, pour marquer les relations de ces concepts entre eux et leur dépendance mutuelle.

I

LES CATÉGORIES JURIDIQUES

La théorie du droit est composée d'un certain nombre de catégories, c'est-à-dire de concepts généraux et classés répondant à tous les caractères, à toutes les fins, à tous les inconvénients de ce qu'on est convenu, depuis Aristote, d'appeler ainsi.

C'est une énumération de toutes les choses susceptibles d'être nommées, mais énumération d'après les *summa genera* seulement, c'est-à-dire par les classes les plus étendues dans lesquelles toutes les choses peuvent être distribuées.

On obtient ainsi une série de concepts, recouverts d'étiquettes ordinairement romaines, qui servent de passe-partout à toutes les notions de droit. Grâce à eux on explique tout, on désigne telle ou telle pratique, on classe toute règle du droit positif.

Le droit entier est ainsi rangé méthodiquement dans une série de boîtes étiquetées, comme en une vaste ad-

ministration ou en l'officine d'un apothicaire. Tout théoricien s'y réfère naturellement, car elles doivent contenir toute notion et la pénétration du droit est par elles considérablement facilitée. Il suffit de lire la table récapitulative d'un bon traité élémentaire pour connaître la plupart des étiquettes courantes sous lesquelles le droit est classé.

C'est ainsi que nous avons la catégorie « droit réel », la catégorie « droit personnel », la catégorie « contrat », etc..., et quantité d'autres catégories, moins compréhensives, telles que : propriété, possession, vente, échange, représentation, louage, donation, stipulation, mandat, gestions d'affaires, usucapion, bien d'autres encore, plus ou moins vastes, d'un emploi plus ou moins fréquent.

Ce qu'il y a vraiment de remarquable, en notre matière, c'est que dans le cours déjà long du développement du droit, on n'ait pas modifié davantage les anciennes catégories. Actuellement encore, on peut dire que toutes les catégories de notre droit sont modelées sur ce qu'elles étaient à Rome, il y a deux mille ans. Nous ramenons les notions neuves, au fur et à mesure qu'elles jaillissent du frottement social, aux antiques concepts de ces jurisconsultes que Leibniz appelait les « mathematici juris ». Il suffit de parcourir un traité de droit et de lire les titres des chapitres pour s'en rendre compte : toutes les classes proviennent du droit romain et les discussions prennent encore pour armes les notions les plus anciennes. On cherche à tout ramener aux catégories toujours connues.

Ainsi, au milieu de tant de changements, de boule-

versements même ,alors que le droit était en perpétuelle évolution, que le caractère des droits variait avec leur contenu, les étiquettes restaient les mêmes et l'on pouvait classer dans les vieux cartons toutes les innovations successives ! Cela est admirable et démontre certes, de façon péremptoire, que les catégories créées à l'époque romaine réalisaient à merveille leur plus entière perfection.

Mais s'il est vrai que l'on ait pu ne changer rien ou à peu près rien aux catégories traditionnelles, il est également certain que l'on n'a pas pu en maintenir le contenu exact. Il y a eu des déformations inévitables. Aussi peut-on légitimement se demander si l'on a pas eu tort de vouloir ainsi, par esprit de routine ou d'inertie peut-être, se garder de rien changer à la base même du droit, et si le théoricien n'eût pas été mieux inspiré en créant de nouvelles catégories, adaptée à des besoins de jour en jour plus nombreux.

Le contenu des anciennes catégories a en effet beaucoup changé. Nous ne pensons pas que cela ait besoin d'être démontré. La multiplication des relations juridiques, leur changement absolu de caractère grâce aux moyens nouveaux et rapides par lesquelles elles s'établissent le progrès d'idées nouvelles, notamment sur l'exercice des droits et la responsabilité, enfin toutes les réformes qui ont successivement transformé la plupart des droits et institutions sont des faits trop connus pour qu'il soit utile d'entrer ici dans de longues explications.

Un exemple assez typique de changement complet

dans le contenu des vieilles catégories nous est fourni par la vente, qui à Rome n'était pas un transfert de propriété ; le vendeur s'engageait seulement à procurer à son acheteur la libre jouissance de la chose. Voilà une catégorie de droit qui a passé à travers les siècles sans atteinte apparente, et qui, en réalité, est devenue aujourd'hui méconnaissable. Il en est de même pour la notion de gestion d'affaires, dont le contenu s'est considérablement élargi depuis l'époque romaine (1).

Du reste, les catégories juridiques ont à notre époque un contenu généralement si vaste qu'il s'est fatalement imprécisé.

En droit romain, ce contenu était net : il y avait en effet pour chaque droit une action, et cela ne contribuait pas peu à en fixer exactement l'étendue. Dans tout procès il ne pouvait être traité que d'une seule demande, et nulle contestation ne pouvait parvenir devant le juge que sous la forme de l'une des actions existantes. C'étaient des types immuables, classés avec soin et ne convenant chacun que pour une seule contestation, sur laquelle il se modelait avec précision. Grâce à la rigueur des principes de la procédure traditionnelle et au génie formaliste des romains, les catégories juridiques, sanctionnées chacune par un seul type d'action, avaient par là même un contenu précis. Car un droit n'est bien défini que par la sanction qui y est attachée ; seuls son mode d'exercice est le résultat

(1) Voyez PLANIOL, Droit civil, t. II, p. 730.

pratique de cet exercice précisent parfaitement sa portée exacte.

A Rome, la procédure et le fond du droit sont si intimement unis que « la plupart des principes du fond du droit n'existent en quelque sorte que comme principes de procédure » (1). Celà, on le conçoit, donnait au contenu des catégories juridiques une grande fixité et une parfaite netteté de contours.

Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi. On s'aperçoit que les catégories juridiques sont devenues plus vagues si l'on constate que les modes d'exercice des droits sont actuellement multiples : c'est à ce phénomène qu'est due en partie l'imprécision du contenu des anciens concepts.

Il y a bien rarement, en effet, pour une contestation donnée une procédure unique : si nous mettons de côté quelques procédures fixes et imposées par le code, telles que celles du divorce ou de la séparation de corps, nous pouvons constater que généralement plusieurs manières d'engager le procès sont possibles. L'homme d'affaires chargé d'introduire une contestation judiciaire éprouve toujours un certain embarras à fixer son choix entre les divers modes d'attaque, les diverses positions qui se présentent à son esprit. Et il n'est pas rare en fait, au cours d'un procès, alors que les premières escarmouches ont précisé le problème à résoudre et signalé les points faibles, que le praticien s'aperçoive que la

(1) IHERING, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 175.

question a été mal présentée, et qu'en employant une autre tactique ou en adoptant une position différente, ont eût eu plus de chances d'obtenir gain de cause.

Ce phénomène indique bien que le contenu des droits est devenu aujourd'hui imprécis, au rebours de ce qu'il était en droit romain, et que les catégories juridiques, mal séparées, ont subi des pénétrations réciproques. C'est grâce à cela que le théoricien doit se demander parfois dans quelle catégorie il y a lieu de faire rentrer tel ou tel droit, et que le praticien cherche souvent sous quelle étiquette il convient de présenter aux juges tel rapport de droit faisant l'objet d'un litige.

Si les catégories ont aujourd'hui un contenu infiniment plus vague que dans le droit romain, cela est donc dû à la multiplication des institutions juridiques, et à leur pénétration réciproque. Double phénomène dont les conséquences étaient faciles à prévoir. Par suite de la résistance des gens de droit, théoriciens et praticiens, à créer de nouvelles catégories, il fallait bien faire entrer de jour en jour plus de notions dans les catégories traditionnelles. Puisqu'on reculait à en augmenter le nombre, il fallait en élargir le contenu : résultat fatal de l'opposition entre la richesse croissante des faits et la pauvreté routinière de leurs contenants théoriques.

D'autre part, avons-nous dit, les catégories subissaient entre elles une pénétration réciproque. Cela était dû à ce fait que le théoricien, se révoltant contre la sécheresse des anciennes notions, mû par une pensée toujours plus élevée et plus philosophique, prenait conscience de concepts supérieurs, à portée infiniment plus

générale, qui, dominant les antiques notions, comblaient entre elles les fossés trop profonds creusés par les juristes primitifs.

Il est à remarquer, en effet, que plus une science progresse, et mieux on se rend compte que les classifications premières n'avaient rien d'aussi absolu qu'on l'avait pensé tout d'abord. Certaines différences, considérées comme irréductibles s'effacent lorsque toutes les propriétés des choses sont mieux connues.

Pour prendre un exemple dans les sciences naturelles, voyez ce qu'est devenue l'opposition traditionnelle entre le règne végétal et le règne animal ! Après avoir considéré ces deux règnes comme dépourvus de points communs, on en est arrivé à chercher, non sans quelque angoisse, quelle peut être entre eux la différence certaine et irréductible. Un fossé profond a été presque entièrement comblé.

Même phénomène dans les sciences chimiques : après avoir établi des classifications très nettes, on s'est aperçu que beaucoup de corps, autrefois différenciés, avaient en définitive la même composition et pouvaient être rangés dans la même classe.

Il en est ainsi dans le droit. Où sont les anciennes distinctions, sous leur forme absolue du moins, entre la vente et l'échange (1), entre la dation en paie-

(1) La notion de la vente et celle de l'échange ont été rapprochées par le point de vue économique, sous lequel aujourd'hui on envisage toute chose : l'une et l'autre de ces deux opérations constituent un échange de valeur contre valeur ; la vente n'est qu'une des formes de l'échange.

ment, la vente ou la novation (1), entre la cession de créance et la novation par changement de créancier, entre la novation par changement de débiteur et le transport de dettes (2), entre la délégation imparfaite et la stipulation pour autrui (3), entre les personnes réelles et les personnes morales (4), etc...

Les institutions se pénètrent, perdent quelques-unes de leur caractéristiques et sont rapprochées par la découverte de notions dominantes. On ne perçoit plus avec la même crudité leurs points de différenciation.

Il y a mêmes certaines catégories-concepts qui ten-

(1) La dation en paiement a été depuis fort longtemps rapprochée de la vente : Pothier ne signalait entre ces opérations que trois différences, dont une seule subsiste aujourd'hui en pratique (cf. Planiol, 3^e édit., t. II, parag. 527 et 528). Au surplus, le Code civil n'a-t-il pas confondu d'une manière significative la vente avec la dation en paiement ? (art. 1595).

Aujourd'hui on tend à admettre, à un autre point de vue, un second rapprochement : les auteurs modernes, suivant en cela la conception nouvelle du Code civil allemand (art. 364, al. 2), soutiennent en effet que la dation en paiement contient une novation par changement d'objet. Voilà donc trois notions qui ont pris contact en divers points.

(2) Le concept de novation par changement de créancier et celui de novation par changement de débiteur tendent à se confondre avec d'autres notions : celles de cession de créance et de transport de dettes. Le branle est donné, ici encore, par la théorie allemande.

(3) Voyez Planiol, 3^e édition, t. II, parag. 558.

(4) Voyez la théorie allemande de Beseler et de Gierke, d'après laquelle les personnes morales, loin d'être des fictions, ont une existence réelle et véritable.

dent à disparaître entièrement : tel est le cas de la novation, dont le rôle très net et considérable en droit romain s'atténue aujourd'hui et s'efface presque. Sa disparition est un fait accompli dans la nouvelle législation allemande ; le code civil d'Outre-Rhin fait rentrer la novation par changement d'objet dans la dation en paiement, la novation par changement de débiteur dans le concept de succession à la dette (Schuldübernahme) , enfin il ignore absolument la novation par changement de créancier pour ne plus s'occuper que de cession de créance.

Tel est aussi le cas de deux catégories traditionnelles ,le délit et le quasi-délit, qui tendent aujourd'hui à se fondre. C'est chose faite en Allemagne, où l'on ne parle plus que d'actes illicites (art. 823 et sq). D'ailleurs cette distinction est inutile, et il n'y a, au point de vue pratique, aucun intérêt à la maintenir. Le code civil ne la fait pas, dans ses articles 1382 et 1383. Elle est néanmoins restée vivace en France jusqu'à nos jours ; mais elle ne tardera pas sans doute à s'effacer et à disparaître.

*
* *

Etant admis ce point de départ que les éléments derniers de la théorie sont les catégories traditionnellement transmises et fidèlement conservées, quel va être le mécanisme de la théorification ?

Nous pouvons constater deux mouvements.

Le problème que se propose le théoricien du droit est double en effet : il s'agit pour lui de faire rentrer

les règles du droit positif dans les concepts traditionnels, et en second lieu d'expliquer toute institution ou toute pratique à l'aide de ces mêmes concepts, d'où deux opérations distinctes, que nous allons successivement étudier.

Nous appellerons la première : interprétation, et nous réserverons à la seconde le terme d'explication. Le résultat de ce double mouvement de la théorie juridique est le système ou construction.

II

L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

Le premier problème que le théoricien se propose de résoudre est, avons-nous dit, de faire rentrer les textes sous les concepts connus. Car nos lois n'expriment que bien rarement de vrais principes; le plus souvent, elles n'en contiennent que les conséquences isolées. Pour savoir à quel principe doit se référer une règle codifiée, il faut donc d'abord en découvrir le sens, puis chercher dans quel cadre connu elle est apte à pénétrer.

C'est, en effet, une des fonctions de toute théorie de distribuer des étiquettes. Mais ici les étiquettes sont données et limitées en nombre : il faut donc placer toute disposition de loi sous une des dénominations courantes, concilier le droit écrit avec les concepts juridiques connus. Ce sera le but de l'interprétation.

On le voit, nous donnons au mot « interprétation »

le sens le plus compréhensif, le plus large qui soit : l'interprétation n'est pas seulement pour nous l'opération logique qui consiste à établir le sens exact d'un texte pris isolément. Elle a un rôle autrement important : elle doit exprimer, non seulement de chaque texte, mais aussi et surtout de l'ensemble des textes et de leur combinaison, tout le sens qu'ils peuvent contenir, déterminer leur but et leur portée. Rapprocher les textes, les comparer, les opposer les uns aux autres, les mettre en œuvre, en étendre ou en restreindre l'application, en un mot tirer de nos lois positives tout ce qu'elles renferment, réellement ou virtuellement, — telle est la tâche que nous entendons réserver à l'interprétation, tel est pour nous le contenu de ce terme.

Ici interviennent les procédés classiques, avec leur cortège d'arguments à noms latins : *a pari*, *a contrario*, *a fortiori*, *ab æquipollentibus*, *a simili*, *ab absurdo*, etc... L'interprétation grammaticale étant souvent insuffisante, le théoricien a ordinairement recours à la logique spéciale du droit.

Les modes de raisonnement le plus couramment employés sont les arguments d'analogie, *a contrario*, *a fortiori*, dont nous allons essayer de dégager en peu de mots le mécanisme caractéristique.

Le plus fécond sans aucun doute, mais dangereux à manier comme un explosif en laboratoire, est l'argument d'analogie.

Ce mode de raisonnement consiste à étendre le dispositif d'un texte conformément à l'esprit de ses motifs. Il suppose que la loi est incomplète dans sa teneur et

que le législateur n'a pas su envisager dans toutes ses conséquences et avec l'ampleur désirable le principe qu'il posait.

Le raisonnement par analogie est utile parce qu'il répond à un des principaux soucis du théoricien : celui de maintenir la loi positive en rapport constant avec les faits, et d'en étendre la portée, si c'est nécessaire, au fur et à mesure de l'apparition de cas nouveaux. Le théoricien est ainsi amené à appliquer une disposition de loi au-delà de ses bornes strictes, et à généraliser les règles particulières. Suivant qu'il s'appuiera sur un texte précis ou sur un principe dérivant de l'ensemble de la législation écrite, il se livrera à un raisonnement basé sur l'analogie de la loi (*gesetzanalogie*) ou sur l'analogie du droit (*rechtsanalogie*). C'est une distinction usuelle chez les juristes d'outre-Rhin.

Le raisonnement que nous étudions a pour point de départ une opération délicate : le théoricien doit, en analysant l'hypothèse dans laquelle le législateur s'est placé, découvrir les traits qui ont déterminé sa décision. Sa tâche primordiale consiste à séparer les éléments qui ont commandé la règle de ceux qui ne sont apparus qu'accidentellement dans l'hypothèse donnée. Il se livre ainsi à une critique élevée, fouillant non pas seulement les mots, mais les idées du législateur, considérées comme ayant plus de valeur que les termes dont il s'est servi.

En définitive, on anime le texte d'une idée centrale et directrice, choisie comme la plus raisonnable de celles qui ont pu l'inspirer, et de cette idée on tire des

conséquences nouvelles, étrangères au dispositif du texte mis en œuvre. Ainsi que l'a très bien dit M. Van der Eycken, dans son ouvrage sur la « Méthode positive de l'interprétation juridique », « pour conclure d'une analogie d'hypothèses à une analogie de dispositifs, il faut que l'identité porte précisément sur les traits déterminants de l'hypothèse résolue, c'est-à-dire sur ceux qui entraînent le dispositif » (1).

En dernière analyse, le raisonnement analogique peut se réduire à la forme schématique suivante : il faut admettre que deux choses semblables ont quelque chance d'avoir des conséquences analogues ; or, deux institutions se ressemblent à un ou plusieurs points de vue ; une proposition donnée est vraie de l'une, donc elle est vraie de l'autre.

Par suite, la valeur d'un argument d'analogie dépend tout d'abord du choix des caractéristiques déterminantes communes, et en second lieu de l'étendue et du nombre des ressemblances connues. La force de l'argument peut ainsi approcher parfois celle d'une induction légitime.

L'argument d'analogie, est, de loin, le plus important de ceux qu'emploie l'interprétation juridique. C'est le plus intéressant pour le théoricien, car seul il est vraiment fécond et permet d'élargir le droit. Nous ne consacrerons que peu de lignes aux autres modes usuels de raisonnement.

(1) VAN DER EYCKEN, Méthode positive de l'interprétation juridique, p. 99.

Faisant contraste avec l'argument d'analogie, nous rencontrons d'abord le raisonnement *a contrario*. Il est basé sur cette idée que « lorsqu'on possède une affirmation relative à une espèce, on peut conclure que le contraire doit être vrai dans les autres espèces du même genre » (1). *Inclusio unius alterius est exclusio*. Toute affirmation implique une négation correspondante. Cet argument suppose donc que le législateur, en formulant une décision relative à un cas spécial, a voulu l'écarter pour tous les autres cas analogues.

Ce mode de raisonnement aboutit à un résultat diamétralement opposé à celui que vise le raisonnement analogique. Il limite l'application des textes à leur teneur exacte : le premier est essentiellement restrictif, le second extensif (2).

On remarquera, comme conséquence de leur identité de structure analytique, que ces deux modes de raisonnement peuvent s'appliquer indifféremment aux mêmes hypothèses. Dans les deux cas on se trouve en présence d'une disposition spéciale, que l'on peut, à sa guise, soit étendre à tous les cas analogues en alléguant que le législateur n'a pas tout prévu, soit restreindre par exclusion de toutes les hypothèses voisines, en prétendant que le législateur a tout prévu, et

(1) VAN DER EYCKEN, op. cit., p. 296.

(2) Aussi dirons-nous indifféremment par la suite : raisonnement par analogie ou raisonnement extensif, *a contrario* ou restrictif.

qu'il n'a prétendu disposer que pour le cas formellement énoncé. La logique pure ne sera donc pas un guide suffisant pour mener le théoricien vers l'un des deux raisonnements qui s'offrent à son esprit dans telle hypothèse donnée.

Enfin un troisième argument vient encore chevaucher sur les deux premiers : c'est l'argument *a fortiori*.

Ce mode de raisonnement est dénué d'originalité propre : ce n'est qu'une analogie renforcée. Le point de départ est en effet le même : rechercher et mettre en relief les traits déterminants de la disposition législative. Mais, tandis que pour étendre la décision mise en œuvre, le théoricien armé de l'analogie se borne à dire : les espèces étant en plusieurs points semblables, les mêmes motifs doivent entraîner la même solution, — l'argument *a fortiori* ajoute du poids à sa conclusion en disant : les espèces sont en plusieurs points semblables, et les mêmes motifs qui ont déterminé le législateur doivent s'appliquer avec plus de force encore dans telle hypothèse qu'il n'a pas expressément visée.

C'est, en définitive, un argument d'analogie qui se présente à nous avec une puissance de persuasion plus irrésistible, parce qu'il nous paraît encore plus difficile d'admettre que le législateur ait pu vouloir la première solution sans vouloir la seconde : affirmer l'une et nier l'autre serait inintelligible et absurde. Par là, on le voit, l'*a fortiori* se rapproche de l'*ab absurdo*, sur lequel il repose en partie, — tant il est vrai que tous les arguments s'enchaînent par quelque côté, et que notre méca-

nisme intellectuel n'a pas à sa disposition de si nombreuses manières de fonctionner !

Nous bornerons là cette rapide étude des moyens usuels d'interprétation juridique. Il y en a bien d'autres mais tous dérivés de ces modes originaires. Nous renvoyons le lecteur désireux de les connaître par le menu à l'ouvrage publié en 1814 par Spruyt, substitut du procureur général à la Cour de Bruxelles : « Introduction à la dialectique légale ». Il y trouvera quelques aperçus ingénieux sur les arguments *a vulgari usu loquendi*, *a subjecta materia*, *a superfluitate*, *ab auctoritate*, *ab etymologia*, etc... Après quoi il pourra discuter à perte de vue tous les textes et soutenir avec un égal succès les opinions les plus subtiles et les plus contraires.

A l'aide de l'interprétation, le droit est ainsi réduit en formules par le théoricien. Les hypothèses, les textes, les institutions sont étiquetés et classés. L'écheveau du droit écrit est démêlé, et docilement toute notion positive rentre dans les concepts catégorisés fournis par la tradition.

Tel est le premier mouvement qu'imprime au droit le théoricien. Il consiste, nous le répétons, à faire rentrer les lois positives dans les cadres connus.

III

L'EXPLICATION JURIDIQUE

Le deuxième mouvement, parallèle au premier, tend à faire rentrer à leur tour dans ces mêmes cadres les

faits juridiques de la vie, les réalités constatées, institutions ou simples pratiques. De cette façon, la théorie du droit revêtira une harmonieuse symétrie.

Toutes les fois que la pratique des affaires crée un nouveau type juridique, on assiste à un effort des juristes professionnels pour le faire rentrer dans les catégories connues. On l'aura ainsi compris et expliqué.

Il en va de même pour les institutions courantes : le théoricien a toujours pour but de les cataloguer à l'aide des anciens concepts.

Cette opération, qui constitue le second mouvement de la théorification, s'appelle explication juridique.

Le seul mode employé par le théoricien pour définir, faire comprendre, expliquer, en un mot, telle institution ou telle pratique, consiste toujours à évoquer les concepts traditionnels qui dominent le droit tout entier. Il dira par exemple : nous sommes en présence d'un paiement, d'une subrogation, d'une stipulation, d'une cession de droits, etc... La matière juridique étant ainsi étiquetée est considérée comme connue et expliquée.

Pour arriver à faire rentrer un fait dans une notion, le théoricien qui en connaît les caractères généraux se livre à une ou plusieurs tentatives : il rapproche le fait du concept, les compare l'un avec l'autre et voit s'ils cadrent exactement. Si oui, estimant que son diagnostic était juste, il se borne à expliquer le fait en le plaçant d'autorité sous la dénomination voulue, et désormais il le considère comme ayant ses caractéristiques, ses règles, sa marche obligatoire.

Dans le cas contraire, son œuvre, — s'il n'a pu plier

le fait aux exigences de la notion connue —, consiste à combiner plusieurs concepts. Le théoricien expliquera alors l'institution pratique, non plus en la faisant rentrer dans une catégorie adéquate unique, mais en constituant pour elle une sorte de formule chimique, c'est-à-dire un résumé de ses caractéristiques par l'énumération des corps simples qui la composent. Il la caractérisera, non plus comme une notion simple, mais comme un alliage de notions connues, participant dans telle ou telle proportion de chaque catégorie énoncée.

Il expliquera par exemple la constitution de rente en disant : c'est un prêt à intérêts, à capital non exigible. C'est ainsi encore qu'il dira : paiement avec subrogation, régime dotal avec société d'acquêts, régime de communauté avec stipulation de propres ou avec séparation de dettes, vente avec stipulation de réméré, vente à rente viagère, donation à rente viagère avec réserve de droit d'habitation, etc... Toujours il reviendra aux concepts anciens et cherchera à expliquer par eux les institutions de la pratique.

Mais parfois surgira la discussion sur le point de savoir dans quelle catégorie connue il y a lieu de classer telle pratique nouvelle et en partie originale. Le théoricien dira alors, comme pour la dation en paiement : est-ce une novation par changement d'objet, ou une vente suivie de compensation ? Et il ne se résoudra pour ainsi dire jamais à reconnaître qu'il se trouve en présence d'une institution sui generis, ayant ses caractères originaux et ses règles propres. A Rome, on ne cherchait pas si loin ! On créait une formule nouvelle.

IV

LA CONSTRUCTION JURIDIQUE

Enfin le couronnement de l'édifice théorique du droit est le système, que l'on a appelé aussi, d'un mot à portée plus restreinte, la construction juridique.

C'est l'aboutissement, la fonction supérieure de l'organisme que nous venons d'analyser. La construction a pour tâche d'assembler en un tout harmonieux les pièces ouvrées à l'aide du mécanisme théorique mis en mouvement.

D'après Ihering, alors que l'interprétation est la fonction de la jurisprudence inférieure, la construction est une opération d'art réservée à la jurisprudence supérieure. « A l'étage inférieur se fait le gros ouvrage ; c'est là que la matière brute est foulée, tannée, macérée, c'est-à-dire interprétée. Après cette opération, elle passe à l'étage supérieur ; là sont les artistes civils, qui la façonnent et lui cherchent une forme esthétique civile » (1).

La construction vise en effet à la réalisation d'un double idéal, logique et esthétique. Elle systématise et concilie les résultats du double mouvement que nous venons de décrire, elle met les textes d'accord avec la vie, elle donne au droit positif la forme d'un vaste

(1) IHERING, *Satires et vérités*, lettres p. 75. Voyez aussi : *Esprit du droit romain*, t. II, p. 49.

raisonnement logique, composé ingénieux de notions superposées et hiérarchiques. Elle communique aux institutions leur « profil juridique » (1).

Les théoriciens lui ont donné des lois. La construction doit tout d'abord s'appliquer aussi exactement que possible au droit constaté, en second lieu viser à l'unité parfaite, car la science ne peut se mettre en contradiction avec elle-même, enfin obéir à la loi « du beau juridique » (2), c'est-à-dire être « naturelle, transparente et simple ».

Tel est le double mouvement de la théorification de notre droit, tel est son aboutissement. En dernière analyse, on le voit, sa tendance primordiale est de ramener par voie logique toute institution positive, toute pratique, tout texte de loi à une série de catégories; limitées et immuables, considérées comme corps simples, irréductibles, constituant à elles seules, ainsi que les éléments derniers de la chimie, toute la matière juridique.

(1) THALLER, Conférence sur la méthode en droit commercial, dans les méthodes juridiques, p. 135.

(2) IHERING, Esprit du droit romain, t. II, p. 50.

TROISIÈME PARTIE

DÉFAUTS DE LA THÉORIE JURIDIQUE ACTUELLE SON VRAI RÔLE LES MOYENS DE L'ATTEINDRE

CHAPITRE PREMIER

Examen critique de la théorie juridique actuelle

I. — LES CATÉGORIES JURIDIQUES.

Double courant de généralisation et de spécialisation.

Résultat : changement de contenu des catégories. —

Remède cherché inconsciemment par les théoriciens dans la découverte de notions dominantes : l'abus de droit, concept nouveau qui bouleverse tout le droit, sans que le contenu des catégories soit en apparence modifié. — Autre notion : la responsabilité objective.

Insuffisance numérique des catégories nouvelles, due à l'apparition d'institutions nouvelles et de nouvelles libertés : stipulation pour autrui, substitutions prohibées et permises, etc... — Travail de compression théorique et parfois de dénaturation consciente pour faire rentrer tous les faits juridiques, anciens ou nouveaux, dans les catégories traditionnelles : remploi dotal, stipulation pour autrui, dation en paiement, etc... Légitimité de la création de nouvelles catégories.

II. — L'INTERPRÉTATION.

Raisonnement par analogie : bon à tout, propre à rien. Il est fondé sur une simple probabilité : toute généralisation contient une part de sophisme. — L'analogie est un procédé intermédiaire entre l'interprétation et la création même du droit.

Raisonnement a fortiori : il participe de l'insuffisance du premier.

Raisonnement a contrario : en principe, il n'a pas d'autorité. — Le législateur n'a pas tout prévu. — Exemple d'a contrario absurde quoique régulier en logique. — Comment se déterminer entre les deux modes de raisonnement, extensif et restrictif, applicables aux mêmes hypothèses ?

Au surplus, toute interprétation est un syllogisme : nullité du syllogisme comme instrument de découverte.

III. — L'EXPLICATION JURIDIQUE.

Elle tourne dans un cercle, mais n'explique rien. —

Toute explication se heurte à l'inexplicable : théorie de Herbert Spencer. — Exemples d'explications juridiques : les effets de la solidarité, la nature de la stipulation pour autrui. — Le prétendu secours des fictions.

IV. — LA CONSTRUCTION.

Elle risque de pousser à des déformations de la réalité.

— Abus du souci logique et du souci esthétique.

Les formules abstraites masquent les faits et les font oublier. Il ne faut pas perdre de vue que les constructions ne sont que des opinions. Gardons-nous de leur attribuer une valeur excessive.

La théorie du droit, avons-nous dit, a pour base les catégories logiques qui nous ont été transmises en héritage par les juristes romains. Ces catégories, considérées comme limitées en nombre et régies par des dogmes immuables, devenues absolument insuffisantes, sont loin de répondre aux nécessités actuelles. Nous avons montré que leur contenu s'est considérablement élargi, par suite modifié et imprécisé. C'est le premier résultat fâcheux que l'on peut attribuer à cette trop grande fixité de notre théorie, fixité qui confine à la stagnation.

Nous allons reprendre, suivant le même ordre et en adoptant une marche parallèle à celle que nous venons de suivre, l'examen critique des catégories, de l'inter-

prétation, de l'explication, de la construction, auxquelles seront consacrées quatre paragraphes, mis en regard de ceux du précédent chapitre.

I

LES CATÉGORIES JURIDIQUES

Les catégories juridiques subissent sans cesse l'influence d'un double courant de généralisation et de spécialisation : de généralisation, parce que les idées et les situations augmentent en nombre plus vite que les catégories, — de spécialisation parce que souvent celles-ci prennent, dans leur conception stricte, une signification particulière, une portée restreinte à un cas unique.

C'est grâce à ce double courant que la catégorie s'est imprécisée, c'est grâce à lui aussi que son contenu s'est modifié.

Cette situation est si vraie que le théoricien, inconsciemment, lui a cherché un remède. Comme il se référait toujours aux mêmes concepts anciens, aux mêmes catégories, et que le contenu de ces dernières avait varié, il était amené à créer un certain nombre de notions dominantes au-dessus de ces catégories. Sans changer la définition et les caractères des concepts traditionnels, sans paraître porter à l'édifice une main sacrilège, il en bouleversait d'un coup le caractère.

Voyez par exemple la notion de l'abus de droit. On

réalité ,quoiqu'en aient eu certains de ses promoteurs, elle renverse brutalement tout notre droit traditionnel, elle est anarchique dans son essence.

On lui a trouvé des attaches dans le droit romain, où elle n'a été exprimée que fragmentairement, par quelques rares solutions particulières, mais jamais comme notion d'ensemble. On ne lui en a pas même cherché dans notre droit français traditionnel ; car elle prend le contre-pied des positions anciennement admises, en vertu desquelles il était légitime pour chacun, à condition de rester dans les limites de son droit, d'en user et abuser à sa guise pour être le plus fort dans la lutte de l'existence. On considérerait comme impossible « d'obliger celui qui triomphe aux dépens d'autrui à indemniser ses concurrents malheureux » (1).

On a échafaudé toute la théorie de l'abus des droits sur quelques cas isolés, pour en faire un concept qui prétend à commander tout le droit, une vaste idée philosophique qui s'impose en vertu d'un principe nouveau d'humanitarisme, nous dirions même de sentimentalisme juridique.

Et voilà une notion qui, à l'heure actuelle, sans que, en apparence, on ait rien changé aux anciennes catégories, en bouleverse de fond en comble le contenu, au point qu'elles mériteraient toutes de voir changer leur définition, leurs caractères, leur portée. Tous les droits sont limités et leur contenu restreint par l'apparition du concept nouveau.

(1) PLANIOL, Traité de droit civil, t. II, parag. 871 *bis*.

Que devient par exemple la catégorie « propriété » ? Est-elle demeurée semblable à ce qu'elle était il y a vingt siècles, au temps où Ulpien pouvait affirmer que celui qui bouche les fenêtres de son voisin en construisant sur son propre terrain ne s'expose à aucune réclamation (1) et où l'abusus faisait sans conteste partie des droits du propriétaire ? Et ne devrait-on pas affirmer par une définition nouvelle que le concept propriété a changé de signification ?

Que deviennent le droit de plaider, le droit d'inquiéter un débiteur récalcitrant, d'accumuler sur sa tête, pour l'amener à quia, frais de procédure sur frais de poursuite, le droit d'user de toutes les ficelles de la pratique pour résister à une juste demande ? Que devient le libre droit de contracter, de vendre, d'acheter, etc... ? De tous ces droits on peut abuser, et le plus fort ou le plus malin ne sera pas toujours admis à retirer de son habileté ou de sa force les avantages attendus. La notion de l'abus de droit a socialisé le droit, sans que le contenu des catégories juridiques s'en soit, en apparence du moins, trouvé modifié.

On en pourrait dire autant du développement pris, en ces dernières années, par l'idée de risque. De purement subjective qu'elle était, la notion de faute tend à s'objectiver de jour en jour davantage. Elle a tellement changé de caractère que l'on en est venu à discuter même le point de savoir si un insensé peut être

(1) Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla est actio (ULPIEN, Dig. liv. VIII, t. 2, frag. 9).

tenu de réparer civilement le préjudice qu'il a causé par son acte dommageable : l'affirmative a été récemment soutenue en d'excellents termes par plusieurs auteurs, notamment M. Planiol (1).

Nous marchons à grands pas vers l'introduction complète de l'idée de responsabilité sans faute, grâce au développement croissant de la notion inverse de risque. La lecture de l'ouvrage remarquable de M. Louis Josserand sur la responsabilité du fait des choses inanimées est à ce sujet particulièrement suggestive.

Cette seconde notion bouleverse aussi entièrement le contenu des catégories anciennes, car elle a son application dans beaucoup d'entre elles : l'idée de responsabilité est partout. On pourrait citer d'autres conceptions nouvelles, moins marquantes que ces deux là, dont l'influence n'est pas généralisée à toutes les parties de notre droit, mais qui néanmoins ont eu sur le contenu et la portée de certaines catégories traditionnelles une influence considérable.

De ces observations on peut conclure que l'ancien contenu des droits a été implicitement reconnu insuffisant, et que, par suite, il est nécessaire de changer ouvertement l'aspect des catégories traditionnelles. Celles-ci ne sont plus assez vastes, elles ne répondent plus à l'état des besoins présents. Ce qui le prouve le mieux, c'est précisément que les théoriciens aient été obligés de découvrir et de placer au faite du droit ces principes nouveaux, parfaitement anarchiques.

(1) PLANIOL, Traité de droit civil, t. II, p. 291.

Mais pourquoi ne pas s'attaquer à la base et ne pas modifier les définitions des anciens concepts, en reconnaissant franchement qu'elles ne cadrent plus avec le droit spontané de notre époque ? On atténuerait ainsi un des plus graves défauts de notre théorie actuelle.

Les catégories logiques livrées par la tradition ne sont pas seulement défectueuses dans leur contenu, elles sont aujourd'hui très insuffisantes en nombre.

La vie du droit est féconde en inventions, et chaque siècle voit naître une longue série d'institutions nouvelles, d'usages et de pratiques jaillis au frottement des affaires ou rendus indispensables par les besoins changeants des sociétés. On l'a remarqué et signalé depuis longtemps : « Un code, a dit Portalis, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que mille questions inattendues viennent se présenter au magistrat. Car les lois une fois rédigées restent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours, et ce mouvement qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau » (1).

Telle pratique, reconnue avantageuse, est consacrée, mieux que par une loi, par l'introduction d'une clause de style, d'abord interprétée et appliquée strictement par la jurisprudence, puis supposée écrite lorsqu'elle

(1) PORTALIS, Discours préliminaire, Fenet, t. I, p. 469.

fait défaut. Tel droit, longtemps dénié aux individus, leur est, après une lutte de plusieurs années, définitivement accordé : pour n'en citer qu'un exemple, le droit de grève et le droit de syndicat ont commencé par être des délits avant de devenir les bases de la liberté ouvrière (1).

D'autres libertés ont été concédées peu à peu aux individus, des droits nouveaux leur ont été reconnus, qui leur étaient cependant refusés par des lois positives. Voyez par exemple la curieuse évolution du droit de stipuler ou promettre pour autrui, refusé en principe par l'article 1119 de notre code civil, puis admis en fait par une extension formidable des cas exceptionnels prévus à l'article 1121, grâce à la complicité de la jurisprudence et à la poussée irrésistible de la pratique.

Voyez encore la prohibition des substitutions testamentaires. Le code civil, dans son article 896, interdit en principe les substitutions ; dans ses articles 1048 à 1074, il indique quelques cas où elles restent permises. Mais la pratique des affaires s'est tellement ingéniée à éluder la défense légale, s'y prenant de toutes les manières pour battre en brèche le principe, décomposant l'acte prohibé en plusieurs éléments valables,

(1) Voici quelques autres droits nouveaux : le droit à la vie, sous la forme de l'assistance obligatoire, le droit à la retraite, le droit au repos hebdomadaire (lisez : La méthode dans le droit public, par M. Larnaude, dans *Les Méthodes juridiques*, p. 11).

allant jusqu'à supposer un legs conditionnel, à l'encontre des indications intentionnelles données par la simple lecture du testament; en un mot la jurisprudence a si bien su enlever à la loi toute portée réelle que la prohibition légale est pour ainsi dire lettre morte à l'heure actuelle.

Le même sort a été réservé par la pratique à la prohibition de l'anatocisme, dont le code faisait un délit civil : chez les notaires on passe couramment des actes de prêt se terminant par la clause suivante, devenue de style aujourd'hui : « Les intérêts non payés se capitaliseront de plein droit à l'échéance ».

Ce ne sont là que des transformations. Il y a aussi des créations. Telles sont les assurances, les règles sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, le report des boursiers, les astreintes, le titre nominatif, la lettre de change, la théorie de l'héritier apparent, celle de la dot incluse, etc...

Que de transformations, que de nouveautés ! Et cependant les institutions, les pratiques, les usages nouveaux sont rangés méthodiquement par le théoricien dans les anciennes catégories. Nous assistons alors à ce curieux travail de compression théorique, parfois de dénaturation consciente, par lequel le théoricien épris d'harmonie et sacrifiant aux mânes des anciens juristes espère plier l'institution nouvelle aux dimensions voulues.

Cette tendance se manifeste à tout propos dans notre théorie juridique. Quelques exemples suffiront à le démontrer.

Examinons d'abord le cas du remploi dotal. Les théoriciens se demandent quelle est, dans les relations entre les époux, la nature du remploi fait par le mari pour la femme hors sa participation. Ils admettent tous que l'offre faite par le mari est révocable, et que les effets de l'acte sont rétroactifs après l'acceptation de la femme. Cependant les uns cherchent à interpréter l'opération du remploi par le concept « gestion d'affaires » ; or, s'il y a gestion d'affaires, l'acte sera bien rétroactif, mais l'offre irrévocable. Et les autres veulent faire intervenir le concept « dation en paiement » ; or, s'il y a dation en paiement, l'offre est bien révocable, mais les effets de l'acte ne peuvent être rétroactifs. Il est évident des lors que les théoriciens font les uns et les autres fausse route, et qu'ils ne visent à rien moins qu'à dénaturer l'opération sur laquelle ils s'escriment, pour avoir voulu la faire pénétrer de force dans une des catégories traditionnelles.

Un autre exemple significatif nous est fourni par la stipulation pour autrui : on a tenté de faire intervenir, pour la placer sous un concept connu, plusieurs théories, notamment celle de l'offre et celle de la gestion d'affaires. Cependant la première fait, contre toute réalité pratique, du tiers bénéficiaire un ayant cause du stipulant, — et la seconde, certainement contraire à la volonté des parties, rend le droit du tiers irrévocable dès le début.

Citons encore : la dation en paiement, en laquelle on a voulu voir tantôt une novation par changement d'objet, tantôt une vente suivie de compensation ; — le

réglement des récompenses, dation en paiement ou opération de partage; — le préciput dans les conventions matrimoniales, donation ou convention de mariage; — l'assurance sur la vie d'un tiers, qu'on a prétendu faire rentrer dans trois catégories juridiques différentes, etc...

Cela prouve amplement, à notre sens, l'insuffisance numérique actuelle des catégories qui nous ont été livrées par la tradition. On ne peut espérer faire toujours rentrer dans les mêmes granges les récoltes d'un sol chaque année plus fécond ! C'est pourtant ce que tente la théorie du droit, et par là s'accuse la pauvreté de ses moyens.

Pourquoi donc se refuser à reconnaître que telle institution récente ne rentre dans aucun des cadres connus ? N'est-il pas plus rapide et plus sûr de créer de nouvelles catégories et d'en définir les limites exactes ? Nous dirions tout simplement : nous sommes en présence d'un produit spontané du droit, participant peut-être du caractère de plusieurs notions combinées, mais sans assimilation possible avec aucune d'elles; c'est une institution *sui generis*, dont il importe de constater avec précision les caractères et le mode de fonctionnement. Tout serait dit ainsi à moins grands frais et sans risquer de dénaturer par l'imprudente évocation d'un concept abstrait, le caractère véritable de l'institution nouvelle. Bien que l'idéal de la théorie soit de réduire la science en un nombre minimum de catégories aussi vastes que possible, le théoricien du droit devrait se réjouir de voir naître une pratique irré-

ductiblement originale, gage de fécondité de la matière vivante qu'il étudie !

Telle est la double critique que nous avons à adresser au système de notre théorie actuelle, à la base même de son édifice. A notre avis, on a trop longtemps reculé devant la double et pressante nécessité d'apporter les changements voulus dans l'intérieur même des catégories romaines, et en second lieu d'augmenter le nombre de ces catégories au fur et à mesure des besoins nouveaux.

II

L'INTERPRÉTATION

En suivant le thème général du chapitre précédent, nous arrivons maintenant à l'étude critique des moyens d'interprétation employés pour faire rentrer les textes dans les catégories juridiques.

Nous avons vu que les modes de raisonnement les plus usuels dans la théorie du droit sont les raisonnements par analogie, a fortiori et a contrario, dont les autres ne sont que des dérivés ou des succédanés. Nous nous sommes efforcé de les analyser d'aussi près que possible et de découvrir le schéma de leurs procédés. Reprenons les maintenant pour nous rendre compte de leur utilité exacte, de leur valeur comme instruments de théorification du droit.

Le raisonnement par analogie est celui qui représente le plus de valeur, en ce sens qu'il est aisément

maniable et prêt à toutes les besognes. On en peut tirer, avec une suffisante apparence de bien fondé, les déductions les plus inattendues, et, grâce à lui, d'un geste retourner le droit. On peut aussi, par un observation attentive, en discuter tous les résultats, comme manquant absolument de certitude logique. En définitive, suivant une locution vulgaire mais expressive, il est bon à tout et n'est propre à rien.

Bon à tout, parce que la politique juridique, visant une solution désirable, trouvera toujours, en fouillant nos lois, que ce soit dans leur texte ou dans leur esprit, un argument basé sur l'analogie.

Propre à rien, parce que ce raisonnement est en définitive fondé sur une simple probabilité, partant dépourvu de toute valeur de recherche ou de preuve.

Raisonner par analogie, c'est en effet former une règle plus générale que celle exprimée par la loi : et toute généralisation contient une part de sophisme. Dans quel cas la généralisation sera-t-elle, sans discussion, légitime ? lorsque les espèces rapprochées seront reconnues parfaitement semblables. Or, en fait, elles se différencieront toujours par quelque côté, ce qui enlève à la conclusion toute certitude.

De plus, si le législateur n'a pas étendu lui-même sa décision, qui nous dit qu'il n'avait pas ses raisons pour cela ? Et où s'arrêter dès lors dans la voie des généralisations ?

En définitive, la notion logique de ce mode de raisonnement est basée sur des affirmations émises d'au-

torité. Le théoricien érige en principes ce qui n'est qu'une double hypothèse, savoir : que, dans le texte positif, telle conséquence est due à tel trait déterminant, et que ce trait déterminant se retrouve dans l'espèce examinée.

Aussi pouvons-nous dire, suivant la théorie de Wachter, que l'analogie est un procédé intermédiaire entre l'interprétation proprement dite et la création même du droit. Dans le même sens, Gény a pu écrire : « Sans s'arrêter à la recherche d'une volonté, soit réelle, soit même directement supposée chez l'auteur de la loi, l'analogie vise à créer, avec sa décision ou avec l'ensemble de son système, une règle nouvelle et distincte fondée sur l'identité juridique » (1).

C'est pourquoi, selon nous, le raisonnement analogique est une arme excellente de politique juridique ; à ce titre, il ne doit pas être proscrit. Mais que les théoriciens ne prétendent pas l'étayer sur la pure logique, et ne viennent pas dire que c'est là un procédé légitime et sûr, un mode logique et impeccable de découverte ou de preuve du droit ! Il n'aboutit qu'à des déductions de sentiment ou d'impression. A qui n'en conviendrait pas, nous nous bornerions à citer cette parole suggestive du grand logicien Stuart Mill : « Ainsi, de ce qu'il y a des habitants sur la terre, dans la mer et dans les airs, je pourrai con-

(1) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources...*, p. 265.

clure qu'il y a des habitants dans la lune ! » (1). Cette boutade met en lumière, mieux que tout grave raisonnement, le défaut de l'argument d'analogie.

On voit par là tout le danger de l'argumentation analogique, outil singulièrement redoutable dans toutes les mains; car, inexpérimenté, le théoricien s'en servira avec une maladresse d'enfant, ou, trop subtil, il en abusera avec une habileté de faussaire.

Nous n'avons rien à ajouter à ces observations en ce qui concerne l'argument a fortiori. Etant de la même essence que l'argument analogique, il participe de son insuffisance et de ses vices fondamentaux. Il ajoute seulement quelques degrés de probabilité à sa conclusion, sans corriger le processus défectueux qui y mène.

Quant au troisième mode de raisonnement, le raisonnement a contrario, il n'offre pas plus de sécurité que les deux premiers. En principe, il n'a pas d'autorité : les règles de droit peuvent disposer pour certains cas sans exclure les autres de manière absolue. L'argument tout entier est basé sur un postulat : il faut admettre que le législateur parle comme une infallible divinité; et que l'on peut, en pesant bien les termes dont il s'est servi, en tirer logiquement toute vérité. Lorsqu'il pose une affirmation, on doit en restreindre la portée à ses termes mêmes.

L'argument a contrario nous conduit ainsi à nous

(1) STUART MILL, *Système de logique inductive et déductive*, t. II, p. 87, trad. L. Peisse.

faire restreindre ce qu'on prétendait, il n'y a qu'un instant, nous faire généraliser, puisque, d'après lui, rien de ce que le rédacteur de la loi n'a pas expressément désigné ne doit être compris dans sa décision.

Mais pour quelle raison admettre ce principe sans exiger aucune démonstration ? L'expérience nous montre au contraire que le législateur n'a pas tout prévu. Pour accentuer notre scepticisme à l'égard de la précision de ses lois, nous constatons qu'il a commis des erreurs certaines, renvoyant à des articles dont le numéro est inexact (l'art. 477 code pénal renvoie à l'art. 476 au lieu de 475), commettant des inadvertances bizarres (l'art. 783 du code civil par exemple), parlant de jour du contrat de mariage quand il s'agit de jour de la célébration (art. 2194 code civil), ou encore disant « veuves d'ascendants » quand il s'agit d'ascendantes veuves (art. 408 code civil) : au point que pour bien lire la loi il faut connaître et voir au travers d'elle le droit sur lequel on a voulu la modeler.

L'argument a contrario est donc aussi fragile que les deux premiers. Il y a dans son application comme dans toute la théorie du droit une question d'impression plutôt que de logique pure.

Voici par exemple une conclusion qu'approuverait la logique et que repousse l'esprit : l'article 9 du code civil dispose que « tout individu né en France d'un étranger... pourra... réclamer la qualité de français ». En prenant le contre-pied exact de cette décision « tout individu né en France d'un non-étranger... ne pourra réclamer la qualité de français ». En logique formelle,

cette déduction est certainement légitime. Pourquoi n'est-elle pas admise ? Parce qu'un autre raisonnement que le raisonnement a contrario nous la démontre absurde. Mais qui nous dira, dans un cas moins net, en présence d'un autre argument a contrario, conduisant à une solution séduisante ou même approuvée de tous, si sa conclusion était plus conforme à l'intention du législateur ? Quelle certitude pourra être la nôtre, si nous n'avons qu'un pareil raisonnement pour base ?

En outre, suivant quel principe le théoricien se déterminera-t-il à fixer son choix entre les deux modes de raisonnement qui s'offrent à lui pour l'interprétation d'un texte donnée : le raisonnement extensif par l'analogie et le raisonnement restrictif par le contraire ? Bien souvent les deux procédés logiques pourraient être indifféremment mis en œuvre avec tout autant d'apparences de légitimité.

Un exemple particulièrement frappant, qui nous est fourni par M. Maillieux (1), vient illustrer cette proposition. L'article 1348 du code civil apporte une exception aux règles posées par les articles précédents sur la preuve testimoniale, qu'ils déclarent irrecevable au-dessus de 150 francs. Il vise le cas où un créancier se sera trouvé dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui, et le dispense alors des exigences de la règle du droit commun. Puis ce même article prend soin de

(1) MAILLEUX, L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique.

préciser les cas d'application de sa disposition exceptionnelle : celle-ci s'applique, dit l'article 1348, paragraphe 4, « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure ».

C'est alors que se présenta la question de savoir si, lorsqu'un testament est perdu, l'héritier peut bénéficier de la faveur spéciale de l'article 1348. Deux raisonnements se trouvaient en présence : le raisonnement analogique et le raisonnement *a contrario*. Par les règles ordinaires de la logique juridique, on était amené fatalement à exclure l'héritier de la disposition de faveur de l'article 1348 : en effet, ce texte se qualifie lui-même d'exceptionnel, et toute exception doit s'interpréter restrictivement. Or l'héritier n'est pas un créancier, ni le testament un titre de créance. Il faut convenir que l'interprétation restrictive s'imposait, et que le raisonnement par analogie ne pouvait être plus déplacé.

Or, la jurisprudence a précisément repoussé l'argument *a contrario*, par lequel on revenait légitimement au droit commun, et elle n'a pas hésité à accueillir, pour des motifs d'ordre purement pratique, un argument d'analogie absolument inadmissible en raison. Voyez l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 juin 1882, rapporté dans Dalloz, 1882.1.300.

A l'inverse, pourquoi n'a-t-on pas étendu par la voie de l'analogie, les dispositions des articles 351 et 747 à l'enfant adoptif ? Quoique ce dernier ne soit ni un « descendant », ni une « postérité », l'esprit de la loi

semblait pousser à cette extension. On l'a cependant écartée, pour admettre comme bon le raisonnement a contrario et restreindre l'application de la loi à ses termes exacts. Y avait-il une raison logique de décider ainsi ?

Voilà deux cas où l'on pouvait indifféremment invoquer l'un ou l'autre mode de raisonnement et où ce ne sont certes pas des motifs d'ordre logique qui ont dicté la décision. Si la logique avait pu donner une indication, elle eût plutôt été contraire aux solutions adoptées. Comment dès lors faire fond sur de pareils arguments qui peuvent être employés l'un pour l'autre, et dont seuls l'utilité pratique et le sentiment détermineront les cas d'application ?

Au surplus, tout raisonnement d'interprétation juridique, quel qu'il soit, peut se ramener, à ne considérer que son squelette, à un syllogisme ou à une suite de syllogismes.

Voici deux exemples de syllogismes juridiques qui, très simples, feront comprendre notre pensée :

Prémisses : majeure : les donations sont révocables pour ingratitude, art. 953 code civil.

Mineure : or l'époux divorcé à ses torts et griefs a été ingrat.

Conclusion : donc toute donation en sa faveur faite par son conjoint est révoquée (1).

Prémisses : majeure : nul représenté n'est vivant, article 744 code civil.

(1) Cette conclusion est tirée par la loi elle-même, article 199 Code civil.

Mineure : or tout renonçant est vivant.

Conclusion : donc nul renonçant n'est représenté.

La théorie juridique connaît surtout, nous nous hâtons de le dire, des syllogismes moins simples ! Bien souvent un raisonnement sera un syllogisme ardu ou une suite de syllogismes s'enchaînant ou se chevauchant les uns les autres. Il faut remarquer en outre que l'opération de l'esprit est la même, soit qu'elle porte sur un texte positif, soit qu'elle mette en œuvre un principe établi d'après des constatations pratiques.

Ainsi la théorie juridique se livre à de perpétuels raisonnements à forme syllogistique. Le malheur est qu'elle ne peut par là féconder le droit, car depuis bien longtemps il est démontré que le syllogisme ne prouve que ce qui était déjà connu auparavant ou tout au moins supposé connu.

Tout syllogisme, en effet, est considéré comme vicieux s'il contient dans sa conclusion quelque chose de plus que ce qui est donné dans les prémisses. Il doit se borner à affirmer vrai pour un cas particulier ce que la majeure posait en principe pour la généralité des cas. Par là-même il ne fait faire aucun progrès à l'esprit.

Lorsque par exemple nous disons : tous les hommes sont mortels, et que nous en tirons cette conclusion : Socrate est mortel, nous ne faisons pas faire un seul pas à notre pensée. Car nous ne pouvons être assurés de la vérité de la majeure, c'est-à-dire de la mortalité de tous les hommes, que si nous sommes certains de la mortalité de chaque homme en particulier; et si

nous pouvons encore douter que Socrate soit mortel, l'assertion de la prémisse se trouve frappée de la même incertitude. Quel droit aurons-nous en effet d'affirmer la proposition universelle sans nous être assurés de la vérité de tout ce qu'elle contient ? L'observation générale doit être un agrégat absolument complet d'observations particulières.

Il en va de même dans le droit, et l'emploi du syllogisme d'interprétation, qui n'aboutit à aucune découverte, est en outre particulièrement dangereux. Car il est rare que le principe qui constitue la majeure, qu'il soit fourni par le législateur ou par l'observation, ait été établi après examen complet de ses multiples applications. Pour en déduire légitimement toutes les conséquences, il faudrait cependant être certain de sa parfaite adéquation à la réalité multiple.

Or, le théoricien possédera bien rarement une pareille certitude : le plus souvent il se trouve en présence d'un principe à forme très générale, élaboré sans que l'on ait vérifié l'exactitude de toutes ses applications possibles. Et cependant, c'est à ce principe qu'il se réfère, prétendant en tirer la preuve irréfutable de telle proposition particulière qui rentre dans sa vaste compréhension. Or, de deux choses l'une : ou bien la proposition particulière avait été examinée lors de l'établissement du principe général ; et alors le syllogisme est régulier, sa conclusion est juste, mais il n'aboutit à aucune découverte ; — ou bien elle n'avait pas été examinée, et alors le syllogisme ajoute aux prémisses ce qui n'y était point contenu : il est

vicieux, puisqu'il innove et considère comme prouvé ce qui est encore, comme auparavant, à démontrer. En un mot, le théoricien qui déduit syllogistiquement les conséquences d'un principe général est pris dans ce dilemme : ne point faire avancer le droit d'un pas ou le faire avancer témérairement d'un pas de trop.

Dans les exemples choisis plus haut, si le principe : « les donations sont révocables pour ingratitude » est vrai sous cette forme générale, c'est que le législateur a examiné et prévu le cas spécial déterminé par le raisonnement syllogistique dans sa conclusion. Donc nulle découverte, nulle nouveauté. Mais comment le juriste sera-t-il certain que ce cas spécial a bien été visé ? Comment saura-t-il si sa déduction syllogistique est régulière, et s'il n'a pas fait rentrer dans le contenu de la prémisse une proposition qui n'y était point renfermée par le législateur ? Il est nécessaire de supposer que le rédacteur de la loi a examiné avec minutie tous les cas possibles d'application du principe qu'il posait : pour avoir cette conviction, il faut être frappé de la foi aveugle qui inondait Laurent comme d'une grâce divine.

L'interprétation de la loi positive est un syllogisme dont les prémisses sont données d'autorité. Ce n'est pas, à notre sens, une raison suffisante pour accepter ces prémisses comme indiscutables dans leur large compréhension. Il faut les vérifier aussi bien que celles qui nous sont fournies par l'observation directe.

Quant aux prémisses qu'on nous fournit, non plus par la loi, mais par la constatation des réalités,

condensée en des principes généraux, il faut à plus forte raison s'en défier et l'on n'en peut tirer aucune déduction syllogistique légitime : car chaque application à un cas particulier est fautive si l'expérience ne démontre pas l'exactitude de la proposition spéciale qui n'est en définitive que l'un des éléments de la majeure.

Donc, ne nous y trompons pas : ce n'est pas le raisonnement syllogique pur qui sert de base à nos conclusions. Seul, il serait impuissant, ici comme dans toute autre science.

Si le théoricien l'emploie comme procédé logique constant, c'est que le plus souvent il obéit à des raisons qui n'empruntent rien à la raison logique.

III

L'EXPLICATION JURIDIQUE

Les bases primordiales et les instruments du premier travail théorique, — modes de raisonnement et d'argumentation courants —, ayant été successivement reconnus défectueux, il convient de rechercher si les moyens du second travail, ceux qui tendent à faire rentrer les institutions et les pratiques dans les catégories traditionnelles pour les expliquer, ne présentent pas des défauts analogues.

Dans cette deuxième partie de l'œuvre de théorification, le juriste se livre, avons-nous dit, à une opération intellectuelle qui consiste essentiellement à décrire les

faits juridiques à l'aide de cette hiérarchie de concepts donnés, conçus comme existant en eux-mêmes et doués d'une force propre. Le théoricien recherche quels concepts cadrent le mieux avec telle pratique constatée, et l'explique simplement en se référant à une catégorie connue.

On voit par cette seule analyse que le théoricien tourne dans un cercle. Il ne parvient à aucune découverte et n'explique rien : il reste l'esclave des anciennes conceptions. Il est curieux de constater qu'il use d'un unique moyen d'explication des faits juridiques nouveaux, moyen qui consiste essentiellement en une simple référence à des catégories traditionnelles.

D'ailleurs, la loi commune de toute explication est de se résoudre en une référence à une notion connue. C'est une opération se bornant à passer d'une idée à une autre plus générale, et au cours de laquelle on voit décroître le nombre des généralisations possibles, au fur et à mesure que s'accroît leur ampleur.

Opération limitée, a dit Herbert Spencer : en effet, si elle était illimitée, on ne pourrait arriver à une explication première, puisqu'il faudrait un temps infini. Or, si la connaissance la plus générale à laquelle nous arrivons, et qui marque le terme de notre explication, ne peut plus être réduite à une plus générale, c'est qu'elle ne peut plus être expliquée ni comprise. « Donc, de toute nécessité, l'explication doit nous mettre en face de l'inexplicable » (1).

(1) HERBERT SPENCER, *Les premiers principes*, p. 78, traduction Cazelles.

Pour s'efforcer d'éviter cet inévitable écueil, la théorie juridique a ses concepts irréductibles classés et étiquetés; l'explication est un travail simple, qui se borne à s'y référer. Mais que l'on ne s'y trompe pas ! C'est là une explication assez primitive. Ce n'en est pas une au sens métaphysique du mot, car elle n'a pas la vaine prétention de parvenir à la découverte de l'essence intime de la chose expliquée.

La théorie juridique explique donc par des concepts qui auraient parfois eux-mêmes besoin d'être expliqués : les catégories juridiques. Et l'instrument même de toute explication en est aussi le seul et dernier aboutissement. La catégorie traditionnelle est à la fois l'outil qu'elle emploie et le concept dernier auquel elle se résout. Il y a là une insuffisance logique frappante, et notre raison ne peut se tenir pour satisfaite.

Au surplus, comme instruments et aboutissements de l'explication, les catégories juridiques conservent tous les vices que nous leur avons découverts comme bases de la théorie. Dès lors, comment peut-on fournir une explication précise par le seul moyen de ces catégories imprécises et mal délimitées, insuffisantes en nombre. Une opération qui se sert de médiocres procédés ne peut être elle-même qu'imparfaite.

Prenons un exemple : les théoriciens se sont mis en tête d' « expliquer » ce résultat spécial de la solidarité, en vertu duquel l'acte accompli par l'un ou contre l'un des codébiteurs est réputé fait par ou contre les autres, à l'égard desquels il produit effet comme s'il avait été accompli par ou contre eux.

Il aurait pu suffire de constater ce résultat de la solidarité. La théorie juridique prétend aller plus loin : elle cherche le pourquoi, elle veut faire remonter la règle à une idée générale, à un concept connu et classé, grâce auquel celle-ci sera considérée comme expliquée et comprise dans son intime essence.

Pour réaliser ce but, tellement élevé qu'il est inaccessible, quelques théoriciens ont fait intervenir le concept « représentation » ; d'autres, allant un peu plus loin dans la construction hypothétique, ont évoqué l'idée de « mandat réciproque ». Représentation ou mandat, qu'importe ! Cela n'ajoute rien au fait concret, à la connaissance que nous avons des conséquences de la solidarité. On s'est référé à un concept connu, mais cette opération n'a pas fait avancer d'un pas notre science ; nous n'avons pas, par l'intervention d'un concept, ou par le classement de la règle dans une catégorie, pénétré son essence. Le théoricien, dans son désir d'« expliquer », nous a imposé une abstraction qui cadre peut-être assez heureusement avec le fait, mais qui se résout en définitive en une simple hypothèse. Et ce qu'il y a de plus grave, c'est qu'après avoir admis l'idée de représentation, la théorie a tiré de cette notion abstraite des conséquences pratiques nouvelles, qui ont été peu à peu admises par la jurisprudence.

Mais, s'il faut s'étonner de voir ainsi des conséquences pratiques imposées par une abstraction pure et découlant seulement d'une hypothèse, il ne faut pas trop s'en effrayer : lorsqu'un résultat de fait est dû à une notion théorique, c'est que ce résultat répondait réelle-

ment à un besoin pratique et que l'abstraction n'a été qu'un point d'appui, jugé commode et utilisé par la jurisprudence.

Hâtons-nous donc d'ajouter, en ce qui concerne l'exemple précité, que la pratique serait probablement arrivée à ses fins sans l'intermédiaire de l'explication théorique, car tous les effets que l'on a attribués à l'idée de représentation auraient pu découler aussi bien de la règle concrète en vertu de laquelle un acte accompli par ou contre l'un des codébiteurs est réputé accompli par ou contre les autres.

Il en est de même de la stipulation pour autrui : on a essayé de l'expliquer de plusieurs manières. Si bien que lorsque certains théoriciens ont voulu en faire une catégorie à part, reconnaître en elle une institution *sui generis*, d'autres leurs ont lancé l'anathème. Voici ce que leur a répondu notamment M. Planiol : « On ne peut pas se contenter de dire que l'article 1121 contient une simple exception à la règle générale d'après laquelle les contrats ne profitent pas aux tiers, et que par dérogation à cette règle, le contrat crée au profit du tiers un droit direct, comme ceux qu'il fait naître pour les parties. *C'est constater un résultat alors qu'il s'agit de l'expliquer !* » (1). Le malheur est qu'aucune explication n'est bonne !

Au surplus, croit-on que nous aurons mieux pénétré cette institution et que nous la connaissons mieux, croit-

(1) PLANIOL, Traité de droit civil, t. II, p. 411.

on, en un mot, qu'on nous l'aura « expliquée », lorsqu'on nous aura simplement imposé un concept abstrait, offre ou gestion d'affaires ? Connaissant les cas d'application de la règle et ses effets, nous connaissons suffisamment la matière : nous n'avons plus besoin de rien, et la référence à une notion abstraite et catégorisée ne saurait rien ajouter à ce que nous savons. Une explication de ce genre est superflue : il nous suffit de constater la règle et ses conséquences pour la connaître, l'appliquer, en prévoir le fonctionnement dans tous les cas concrets.

D'autres fois on tente d'expliquer à l'aide de fictions : la séparation des patrimoines était expliquée en droit romain par la fiction de survie, elle l'est dans notre droit par la fiction du double patrimoine reposant sur une seule tête.

La règle de l'article 883 du code civil est expliquée par la fiction du passage direct des lots tout constitués du patrimoine du défunt à ceux des cohéritiers ou encore par le concept « condition résolutoire ».

Explications et fictions inutiles et infécondes ! Connaissant la règle positive et vivante, nous sommes éclairés aussi bien qu'à la suite de ces références à des catégories inanimées ou à des images sans consistance.

Aussi considérons-nous de pareilles opérations comme superflues : ce sont de bons procédés d'enseignement sans doute, mais qui n'ont rien de scientifique et dont l'abus pourrait devenir dangereux. Tirer des conséquences pratiques d'une hypothèse abstraite, c'est lâcher du pied la réalité et raisonner sur des apparences.

De là à admettre comme règles nécessaires les principes ainsi obtenus sans fondement réel, il n'y a qu'un pas, et ce pas conduirait la théorie à de lourdes erreurs.

IV

LA CONSTRUCTION JURIDIQUE

Enfin le couronnement de l'édifice théorique du droit est le système, qu'on a appelé aussi, d'un mot à portée plus restreinte, la construction juridique. Le système vise avant tout à la réalisation d'un idéal logique. On n'y admet aucune contradiction, aucune incompatibilité pouvant paraître irrationnelle : l'harmonie logique doit régner en maîtresse (1).

Pour atteindre ce but et ne pas manquer à ce que Ihering appelle la loi du beau juridique, le théoricien est fatalement amené à des compromis. Il doit pactiser, devant les nécessités de sa construction, avec le souci de l'exacte constatation des faits. Voilà le premier écueil du système : c'est qu'il impose à son adepte la préoccupation constante de l'harmonie et le pousse à des déformations souvent inconscientes de la réalité juridique. De servante, l'esthétique est devenue maîtresse.

(1) Sur les avantages de la construction juridique, — avantages incontestables évidemment, — lisez : THALLER, Conférence sur la méthode en droit commercial, dans les méthodes juridiques, p. 146 et suiv.

Nous ne cesserons de blâmer l'abus que notre théorie actuelle fait à la fois du souci logique et du souci artistique (1). Pas plus l'un que l'autre, ils ne devraient dominer la théorie du droit, où ils n'ont que faire. La théorie est faite pour réfléchir le droit spontané et non pour l'embellir. Ce qui se réalise comme droit est droit et doit rester tel.

Le deuxième écueil du travail de systématisation ou plus généralement de l'abstraction logique dont il use, est que le théoricien a trop de tendances à regarder la proposition qu'il pose comme se modelant exactement sur la réalité. « Les propositions abstraites égarent, à cause de leur généralité, sur l'étendue de leur compréhension », a dit Van der Eycken (2). Ce n'est que trop vrai. A ne manier que des abstractions, on perd de vue les réalités changeantes et multiples qu'elles recouvrent, et l'on discute ou l'on bâtit avec des propositions à forme générale, sans percevoir les restrictions ou corrections que leur apporte la vie. Les formules et axiomes dans le droit conduisent inéluctablement à des erreurs ceux qui veulent exprimer par voie logique tout le contenu de leur généralité.

Cet abus consiste en définitive « à envisager comme douées d'une réalité objective permanente des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de

(1) Sur l'absence de logique et d'harmonie dans le droit, voyez *supra*, 2^e partie, chap. I, section II, La méthode dogmatique.

(2) VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, p. 47.

leur nature » (1). Le théoricien perd de vue la réalité véritable pour l'avoir mise en formules; il ne voit plus que ces dernières, et leur attribue une existence propre. Il en fait des réalités, et raisonne avec elles comme il le ferait sur des cas expérimentalement constatés.

C'est une conséquence inévitable de l'éducation de l'esprit par les propositions abstraites et logiques. Le théoricien les recueille et les interprète à sa guise en déformant leur signification réelle. Sa construction est dès lors entachée de tous les vices qui en corrompent les éléments. Il fait fausse route pour n'avoir pas compris que les règles juridiques ne peuvent vivre que dans le milieu vivant d'où elles jaillissent, et que, transformées en notions abstraites, elles perdent toute leur efficacité.

Au surplus, il ne faut pas oublier que les constructions ne sont que des opinions. Ce sont des créations artificielles, dans lesquelles sont combinées et agencées un certain nombre de notions abstraites plus ou moins arbitrairement choisies. Parfois plusieurs concepts sont susceptibles de coordonner les règles légales ou les réalités positives; ils le feront avec plus ou moins de bonheur, et ne seront vrais que dans la mesure où ils cadreront exactement avec les faits.

Aussi gardons-nous d'attribuer aux notions une valeur excessive; ne leur reconnaissons que le caractère de simples hypothèses. Sans cela le droit subira malai-

(1) GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, p. 115.

sément la contrainte que le système voudrait lui imposer; transformé en entités indépendantes, élevé dans l'abstraction, il se déformera et perdra sa vertu primitive. Les constructions ne peuvent faire progresser le droit; elles ne sont admissibles et sans danger pour lui que si notre science « ne perd jamais de vue le caractère essentiellement idéal et subjectif de ses procédés; qu'elle se résigne par conséquent à n'en tirer que de simples hypothèses toujours dominées par les faits » (1).

Nous avons ainsi passé en revue les éléments de notre système actuel de théorification. Nous en avons montré les défauts anatomiques ou physiologiques, nous avons essayé de mettre en relief les dangers d'une pareille théorie, la tendance fâcheuse qu'elle peut susciter, les erreurs dans lesquelles risque de tomber sans cesse le théoricien insuffisamment averti. Il ne nous reste plus maintenant qu'à définir le rôle et les fonctions de la théorie juridique, à en signaler les limites, à donner peut-être des bornes à son ambition.

(1) GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, p. 131.

CHAPITRE II

Fonction et rôle de la théorie dans le droit Moyens de les réaliser

1. — FONCTIONS DE LA THÉORIE JURIDIQUE.

*Résultats acceptables des anciens procédés, assouplis
par un long usage.*

Triple rôle de la théorie dans le droit :

- 1° Permettre la classification des solutions.*
- 2° Faciliter l'accord sur les points discutés. La théorie est un terrain commode de controverse et d'entente. Elle donne au droit le maximum de stabilité et d'unité.*
- 3° Réaliser le mieux possible l'adéquation entre les mœurs et aspirations morales d'une part, et le droit positif d'autre part. La politique juridique doit-elle faire partie de la théorie ? Oui, car c'est un rôle qui l'anime et la vivifie.*

II. — LES MOYENS DE RÉALISER CE RÔLE.

1° *L'interprétation.* — *Interprétation de la loi positive :* elle doit consister à prolonger dans les domaines où il n'est pas encore fixé le droit existant à l'époque de la rédaction législative, et cela conformément à l'esprit du droit actuel. L'interprétation maintient ainsi la loi au niveau des progrès du temps. Connaître l'insuffisance des procédés logiques en rend l'emploi moins dangereux.

Interprétation des réalités juridiques : règles de l'observation positive. Se garder de faire découler des conséquences logiques d'une hypothèse théorique sur la nature d'une institution ou d'un acte. Les théoriciens le font encore aujourd'hui. Deux exemples tirés d'un traité connu.

2° *Définition.* — Double tâche de la théorie : analyser le concept à définir et faire un choix judicieux de ses principales propriétés, les condenser en une formule concrète et impartiale. Double écueil à éviter : les définitions imparfaites, qui peuvent être « essentielles » ou « accidentelles », et les définitions trop abstraites, partiales ou tendancieuses.

3° *Classification.* — De bonnes définitions permettent de bonnes classifications. — L'idéal : décourir des classes aussi peu nombreuses et aussi étendues que possible. — Essais souhaitables de classifications renouvelées. Tentatives de M. Picard. Leur défaut est de verser à l'abstraction pure. Ne pas déformer par désir de catégoriser.

Nous avons, dans le précédent chapitre de cet essai sur la théorie juridique, montré ce qui nous apparaît en elle comme défectueux, désuet ou de médiocre valeur. C'est par une analyse abstraite de ses procédés et de son mécanisme mis à nu, que nous avons pu nous rendre compte de l'insuffisance de ses rouages. Nous l'avons jugée en la détaillant avec minutie, et peut-être sans indulgence, mais jusqu'ici nous n'avons pas formulé sur son compte un jugement d'ensemble, ni pesé les résultats de son fonctionnement.

Nous nous hâtons de reconnaître que, mis en marche, ce mécanisme, assoupli par un long usage, est susceptible de donner des résultats meilleurs que ne pouvait le faire supposer l'insuffisance des pièces qui le composent. Tant il est vrai qu'un vieux procédé, expérimenté par de nombreuses générations et longtemps mis en œuvre, devient par cet usage constant plus apte qu'aucun autre à fournir une production sans heurts et sans surprises. Descartes l'a écrit, de sa manière forte et expressive, « les grands chemins qui tournoient entre des montagnes deviennent peu à peu si unis et si commodes, à force d'être fréquentés, qu'il est beaucoup meilleur de les suivre que d'entreprendre d'aller plus droit en grim pant au-dessus des rochers et descendant jusques au bas des précipices ».

Si la théorie juridique a fait preuve d'une telle persistance, c'est qu'elle a une utilité, un rôle dans le droit. Nous croyons avec Ihering que « toute science, pour être pratique, ne peut se restreindre à ce qui est

purement pratique » (1). Toute science a besoin d'abstractions.

A quoi, dans le droit, servent ces abstractions ?

Nous trouvons à la théorie juridique un rôle qui lui est propre et ne peut être réalisé que par elle : d'où son indéniable utilité. Ce rôle est triple.

En premier lieu, la théorie juridique permet la classification des solutions. Elle a pour mission de « voir en ordre » les réponses données aux questions de droit par la jurisprudence ou la pratique. C'est une œuvre comparable à celle du collaborateur qui, à la fin d'un livre, assume la tâche ingrate de dresser une table alphabétique des matières, de placer sous une série de dénominations les divers sujets traités et d'inscrire à côté les numéros des pages et paragraphes auxquels il y a lieu de se référer. La théorie juridique doit ainsi établir une table commode de recherches, en groupant autour d'une institution toutes les constatations de fait qui s'y peuvent rapporter. Il faut pour cela une règle de conduite, une marche intelligente, une certaine unité de direction puisant sa force dans une conception intellectuelle adéquate au but recherché.

En deuxième lieu, la théorie juridique facilite l'accord sur les points discutés. C'est à la fois une arme de discussion et de conciliation, un terrain commode de controverse et d'entente. Les pratiques et les faits se heurtent et s'entrechoquent dans une incohérence

(1) IHERING, *Mélanges*, programme, p. 17.

fatale. La théorie peut aspirer à transformer la mêlée confuse en bataille rangée : grâce à elle tout d'abord, les points de divergence pourront être précisés ; un peu de lumière sera jetée sur la dispute. C'est là que le secours de la théorie deviendra précieux pour spécifier en quel point et sur quoi porte le désaccord. On se comprendra, on connaîtra ses forces de part et d'autre, on saura mieux où l'on va.

De plus, en plaçant la discussion sur le terrain théorique, on pourra plus aisément arbitrer l'issue du combat. Lorsque, par exemple, après mille fluctuations, la jurisprudence se sera fixée dans un sens, la théorie juridique, qui aura suivi de près les phases de la lutte, pourra signaler le triomphe de telle solution. Elle imposera à tous la reconnaissance de ce résultat pratique, ou du moins la facilitera considérablement, et établira ainsi l'accord entre les juristes sur le point controversé, en classant la solution récente parmi les faits juridiques acquis.

En un mot, en classant les solutions, les pratiques, tous les faits de la vie du droit, la théorie restreint le nombre des points sujets à controverse et donne au droit toute l'unité et la stabilité dont il est susceptible à chaque phase de son évolution (1).

(1) Ajoutons que la théorie a un rôle des plus considérables à l'Ecole. On ne peut enseigner ni apprendre des catalogues : il faut viser évidemment à une systématisation condensée, logique et nette, qui seule permet de donner aux esprits des futurs hommes de droit un fond solide, une armature de principes destinée à recevoir et à maintenir en ordre les notions pratiques.

En troisième lieu, la théorie juridique permet de réaliser le mieux possible l'adéquation entre les mœurs et aspirations morales et le droit positif. Cette troisième fonction ne fait plus toute entière partie de la théorie si l'on veut donner à ce terme son sens, non pas strict, mais étroit. La dernière partie de notre proposition, qui vise l'adéquation des aspirations morales et du droit positif, rentre à proprement parler dans les attributions de la politique juridique, c'est-à-dire de cette branche du droit qui a pour objectif l'amélioration des institutions et de la vie juridique, de même que la politique, au sens courant du mot, veut le progrès des institutions publiques et de la vie sociale.

Nous ne nous dissimulons pas que ce dernier rôle peut être discuté et même refusé à la théorie proprement dite. On pourrait penser, non sans quelque raison, que la théorie n'a pas à se livrer à une pression de ce genre et doit se borner à constater les résultats de l'évolution juridique. Car, dira-t-on, cette évolution se fera aussi bien sans elle, peut-être mieux, grâce à un état d'équilibre naturel, survenu à la suite de quelques oscillations ou tâtonnements; et peut-être ajoutera-t-on que l'œuvre théorique pourrait devenir dangereuse, si le théoricien imprimait une fausse direction à la pratique et tentait d'établir un équilibre instable, parce qu'artificiel et forcé.

On a dit aussi que la politique n'est plus de la science, et que la théorie doit viser à devenir absolument une science. C'est le point de vue de M. Emmanuel Lévy : « La vérité consacrée est la vérité juridique. Opposons

lui notre sentiment, notre jugement, critiquons, ayons notre politique; cela n'est plus science, cela n'est pas matière à définitions, classifications, règles. Cela est action, art, libre recherche; rien ne se démontre qui n'existe. Le droit est une tradition » (1).

Nous estimons néanmoins que la théorie doit conserver ce rôle politique. C'est pour elle une raison d'être, qui l'anime et la soutient. Elle sort peut-être ainsi des bornes de sa définition stricte, mais elle reste dans les limites de son rôle. C'est le résultat le plus élevé, peut-être inaccessible, auquel elle est en mesure d'aspirer. Mais cette fonction fait encore partie d'elle-même; elle n'est que le prolongement de son essence, une part intégrante de son rôle largement compris.

Peut-être pourra-t-on prétendre aussi que la théorie est impuissante à imprimer seule une direction pratique. A cela beaucoup répondent qu'elle peut au moins, lorsqu'un mouvement s'est déjà dessiné, le hâter ou l'accentuer, le guider par la conscience qu'elle en prend. Car le praticien a besoin d'une théorie pour le soutenir; il s'y réfère souvent et obéit parfois à ses indications.

Illusion, cela encore ? Qu'importe ! elle n'est certes pas dangereuse : si le théoricien ne peut rien changer à l'évolution pratique du droit, laissons-lui au moins une conviction vivifiante, un enthousiasme qui anime et soutient son œuvre.

(1) EMMANUEL LÉVY, Notes sur le droit considéré comme science, — dans Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale, nov. 1910, p. 299.

Enfin, même si l'on refuse à la théorie le rôle intégral que nous prétendons lui laisser, on ne peut s'interdire de lui en reconnaître au moins une partie, celle que nous avons désignée sous le nom d'adéquation des mœurs et du droit positif. Ici, il ne s'agit plus d'aspirations ou de désirs, mais seulement de mœurs existant dans la vie juridique, usages, coutumes, pratiques, idées en cours. La théorie juridique permettra à ces mœurs de s'accorder autant que possible avec la loi positive. Elle les conciliera, si faire se peut, les fera cadrer avec les codes, et réduira certaines incompatibilités fâcheuses, dont il faut souhaiter l'atténuation.

II

LES MOYENS DE RÉALISATION

Voilà, à notre sens, la triple fonction de la théorie, et la raison d'être de l'abstraction qu'elle introduit dans la vie du droit. Voilà ce qui explique sa pérennité et ce qui fait souhaiter qu'elle demeure. Pour mener à bien ce triple rôle, la théorie peut se borner à noter les données de fait, à les clarifier, à les systématiser. Dépouillée de ce qui ne doit pas rentrer dans sa conception scientifique, elle a trois moyens de réaliser le rôle que nous lui avons assigné : l'interprétation, la définition, la classification.

A la suite de cette triple opération, la théorie juridique sera complète. Mais il faut aussi peut-être, avons-nous dit, prolonger le droit. C'est pourquoi nous ne lui

refuserons pas son rôle politique, et nous lui permettrons, comme il sera expliqué plus loin, de faire parfois un peu d'art.

Quoi qu'il en soit de cette dispute sur les tendances de la théorie juridique, il est certain que la partie capitale de sa tâche se résume dans la triple opération que nous avons signalée et à l'étude de laquelle il nous faut maintenant consacrer quelques lignes.

I

L'INTERPRÉTATION

Le premier moyen que la théorie juridique doit employer pour réaliser son rôle dans le droit consiste à interpréter d'une part la loi positive, d'autre part les relations juridiques elles-mêmes.

Pour l'interprétation de la loi positive, il faut se garder de stériles recherches de volonté. Que nous importe ce que le législateur a voulu ? N'interprétons pas les textes comme nous ferions d'un contrat ou d'un testament; ne recherchons pas l'intention de l'auteur par une analyse psychologique, car ce mode d'interprétation ne peut être légitimement employé pour la loi qu'au moment même où elle a été promulguée. Par la suite, en effet, ses conditions d'application ont dû se modifier, le milieu dans lequel elle fait sentir son influence n'est plus le même; l'économie de son fonctionnement a changé. Souvent des cas nouveaux, imprévus ou imprévisibles à l'époque de sa rédaction,

cherchent en elle une solution qu'ils ne peuvent trouver ailleurs.

Dans de telles conditions, l'interprète doit prolonger dans les domaines où il n'est pas encore fixé le droit existant à l'époque de la rédaction législative, et cela conformément à l'esprit du droit actuel.

Il ne doit pas obéir à l'esprit de la loi positive historiquement recherché (1), mais seulement concilier la loi avec l'esprit nouveau, changer les rouages législatifs du milieu où ils faisaient sentir leur influence, les transporter dans le milieu actuel, et tâcher de voir comment ils doivent alors fonctionner.

L'intention de l'auteur de la loi a si peu d'importance en fait que bien souvent le droit qu'il a créé n'est pas du tout celui qu'il avait voulu. Ainsi que l'a très bien noté Jean Cruet (2), le dessein des auteurs du code civil en interdisant la recherche de la paternité était d'armer la femme contre la tentation en lui inspirant la crainte de garder l'enfant à sa charge exclusive; le résultat a été d'encourager l'homme par l'appât de l'irresponsabilité. Bien des lois ont ainsi, suivant la forte expression de Cruet, des « incidences ».

(1) M. Ballot-Beaupré, l'éminent président de la Cour de cassation n'a-t-il pas dit : « Les juges français ont su adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne, sans s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article. (Discours prononcé lors du Centenaire du Code civil, — cité dans les Méthodes juridiques, p. 32).

(2) Jean Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois.

C'est que la vie les applique, non suivant l'intention de leurs auteurs, mais suivant les tendances, les exigences ou les nécessités du milieu social transformé dans lequel elles ont à se mouvoir. La fonction de la jurisprudence et de la doctrine est alors de tendre à appliquer la loi détournée de son but suivant l'esprit du droit actuel.

C'est ainsi que l'on peut assister à une évolution progressive de la loi. Dans l'exemple cité, au fur et à mesure que le milieu social changeait, l'application de la loi se modifiait conformément aux tendances en perpétuelle évolution. Et c'est ainsi qu'après avoir détourné complètement la loi de son sens initial, la pratique l'a interprétée de façon à atteindre mieux de jour en jour le but du législateur. Après avoir déclaré que le père naturel ne pouvait être ni recherché, ni poursuivi, on a admis successivement le principe de sa condamnation à dommages-intérêts pour séduction, et celui de la validité de ses engagements en ce qui concerne l'assistance matérielle de la mère et de l'enfant; puis est intervenue encore la théorie de la réparation due en cas de promesse de mariage, et enfin celles de l'abus d'autorité, de la contrainte morale, etc...: tout a paru bon pour tourner l'article 340. De cette façon, la prohibition est mieux comprise; suffisante pour armer la femme par la crainte qu'elle peut lui inspirer, insuffisante pour assurer à l'homme l'irresponsabilité complète résultant d'un inviolable incognito. Mais croit-on que l'article 340 soit aujourd'hui interprété et appliqué suivant la volonté de ses auteurs ?

Voilà comment une disposition législative, d'abord interprétée de façon à annihiler les effets voulus par le législateur, par une trop stricte application de ses dispositions, est peu à peu revenue vers son but par des chemins détournés, ignorés du rédacteur même de la loi. Voilà comment elle a été successivement interprétée et par suite appliquée de façons différentes, mais toujours suivant l'évolution des idées et du milieu où elle se mouvait. L'interprétation peut ainsi maintenir la loi au niveau des progrès du temps.

Nous avons dit d'un mot quel doit être, à notre sens, l'esprit de l'interprétation en présence de la loi positive. Quel en sera le mécanisme ? Il doit être le moins possible tributaire des arguments logiques dont nous avons plus haut reconnu l'incertitude. Il ne pourra s'en affranchir complètement, car en dépit de leurs défauts, ces modes de raisonnement sont ceux que notre raison porte en elle, les seuls qu'elle connaisse et qu'elle ne peut remplacer par aucun autre.

Mais pour éviter qu'ils ne soient dangereux à utiliser, il suffira sans doute de connaître leur insuffisance. Averti, on ne leur accordera ni une force invincible lorsqu'on voudra, dans un but d'utilité certaine, les combattre, ni trop de valeur, lorsque les théoriciens en feront un rempart pour résister à une pratique créée par la vie. « Il faut se garder de trop raisonner le droit, on s'exposerait à y déraisonner. » (1).

(1) Picard. Le droit pur. p. 268.

Au surplus, nous nous sommes placé dans l'hypothèse où le théoricien a pour tâche d'interpréter la loi et de l'appliquer à une hypothèse non résolue par la pratique ou la jurisprudence. Il est bien entendu que si la loi a reçu une solution affirmée par la vie réelle du droit, le théoricien n'a plus à l'interpréter, mais seulement à constater la manière dont la pratique l'a comprise et appliquée.

Nous sortons ainsi du domaine de l'interprétation de la loi pour pénétrer dans celui de l'interprétation des réalités juridiques.

Cette seconde partie de l'interprétation est bien plus délicate. Il faut en ramener les principes aux règles de l'observation positive : c'est en dire toute la difficulté. Observer, nous l'avons dit, n'est pas chose commode. La vie du droit est rarement simple. Il ne suffit pas de la regarder pour la comprendre ; elle offre parfois des complications invraisemblables, des mélanges de pratiques et d'institutions dans lesquels l'observateur a peine à se reconnaître.

Ici, il faut rechercher par voie psychologique l'intention de ceux qui ont accompli des actes juridiques. Et de combien de façons différentes ne peut-on pas parfois entendre le même acte, contrat ou testament par exemple ? Mais il faut que le théoricien se résolve à borner son interprétation à une simple observation, à une notation ordonnée des réalités qu'il constate.

Qu'il n'aille pas, par exemple, chercher à établir la nature théorique de l'acte observé ou de la règle constatée, pour en faire découler les conséquences logiques.

C'est pourtant ce que le théoricien fait, encore à l'époque actuelle, avec une persistance bizarre. Il se demande par exemple si le règlement des récompenses est une dation en paiement ou une opération de partage. Suivant que l'on fera rentrer l'opération dans l'une ou l'autre de ces catégories, les conséquences pratiques, nous dit-il, différeront. Voilà ce qui nous paraît être l'erreur capitale de la théorie actuelle.

Il y a lieu, dit le théoricien, d'analyser exactement l'opération, pour savoir quels seront ses effets et ses conséquences. A propos de la controverse précitée, M. Planiol, dans son traité de droit civil, après avoir conclu en faveur de l'idée de partage, ajoute immédiatement : « Les conséquences pratiques sont les suivantes : il n'y a pas lieu à transcription... il n'y a pas de droit de mutation à payer... la lésion de plus du quart s'apprécie tant pour les prélèvements que pour le partage du reste de la masse commune. » (1).

Un autre exemple, assez suggestif, nous est fourni par la question suivante : lorsqu'un immeuble que l'acquéreur a entrepris de purger est adjugé, sur surenchère du dixième, au profit d'un tiers, cette translation de propriété se produit-elle avec effet rétroactif, c'est-à-dire le titre de l'acquéreur est-il résolu ? S'il y a résolution, dit M. Planiol, on devra admettre les conséquences suivantes : les hypothèques concédées par l'acquéreur ou nées de son chef pendant que l'immeuble lui

(1) Planiol. Traité, t. III, p. 173.

à appartenu devront disparaître, — l'adjudicataire aura pour garant le vendeur primitif et non l'acquéreur surenchéri, — l'acquéreur surenchéri restituera les fruits, — s'il reste un reliquat sur le prix d'adjudication, l'acquéreur surenchéri n'y aura aucun droit, seuls le vendeur primitif et ses créanciers chirographaires en profiteront (1):

Libre au théoricien de raisonner ainsi, mais à une condition absolument nécessaire : qu'il sache bien que ce qu'il fait n'est plus science, mais politique. S'il veut faire de sa théorie une science, il doit limiter sa tâche au raisonnement inverse, et dire : dans la pratique on fait payer un droit de mutation, la transcription est reconnue obligatoire, l'acquéreur et le vendeur ont tels et tels droits, telles et telles obligations, etc... Si tous ces effets peuvent voisiner sans incompatibilités dans un cadre, que l'on catégorise l'opération. Si, au contraire, le théoricien relève des conséquences inconciliables dans tout système, tant pis ! Nous lui donnerons acte de son aveu et passerons outre aux débats. Mais il est inadmissible que le théoricien dise : si telle institution rentre dans telle catégorie, on paiera un nouveau droit de mutation, sinon on n'en paiera pas !

S'il n'y a là qu'une hypothèse, c'est bien. Il est même légitime que le théoricien ajoute : « A mon avis, la pratique fait fausse route et comprend mal l'institution que j'étudie, et voici mes raisons... Par suite,

(1) Planiol, *cod. loc.*, t. II, p. 1044.

il y aurait lieu d'apporter telle réforme nécessaire. »

Mais si c'est une construction théorique que l'auteur prétend nous imposer, sans reconnaître qu'elle ne répond pas actuellement à la réalité des faits, elle est inacceptable comme faisant dépendre une solution pratique, qu'il suffit de constater ou d'attendre, de la décision abstraite d'une controverse théorique. L'opération inverse est seule légitime, car en définitive de pareilles déductions aboutissent à mettre dans les choses les vues de l'esprit, au lieu de puiser dans les choses ce qui doit être mis dans l'esprit. (1).

Que le théoricien ne s'y trompe point, et surtout qu'il signale à chaque fois et souligne avec soin à quelle opération hypothétique ou politique il se livre. Il évitera ainsi certaines confusions regrettables dans l'esprit de son lecteur, apprenti de l'Ecole ou apprenti de la pratique, et sa théorie ayant des contours plus francs, plus nets, n'engendrera pas des erreurs fâcheuses et involontaires.

Dans notre premier exemple, le théoricien qui veut se borner à « faire de la science » devait rechercher simplement si en fait un droit de mutation est exigé par le fisc, et si l'on impose la formalité de la transcription. Au lieu de dire : si l'acte est une opération

(1) « C'est aux concepts de s'adapter à la vie, et non à la vie de céder la place aux concepts », a dit le philosophe Boutroux (Article sur l'Avenir de l'esprit religieux, cité dans les Méthodes juridiques, conférence de M. Larnaude, p. 30).

préliminaire de partage, il faut le traiter de telle manière, — le théoricien devait commencer par constater la manière dont il est réellement traité, et ensuite, pour sa satisfaction personnelle et artistique, en conclure que l'acte pouvait être rangé dans la catégorie partage.

Dans le deuxième exemple, la théorie devait se borner également à relever en jurisprudence et en pratique les conséquences de l'adjudication au profit d'un tiers, et tâcher ensuite, mais seulement ensuite, de faire cadrer ses conséquences avec un concept dominant. L'opération inverse est d'autant plus illégitime que les conséquences pratiques de cette adjudication sont disparates et ne peuvent rentrer exactement dans aucun des systèmes proposés. Le système de la jurisprudence, dit M. Planiol, est « composite » ; autant dire qu'elle n'en suit aucun ! Ne cherchons donc pas à en créer un. Les faits sont incohérents et illogiques ? Sans doute, mais laissons-les tels ! « Le travail de l'interprète, a dit M. Boistel, doit être essentiellement réaliste et objectif, s'appuyer d'une part sur des données intellectuelles que le cerveau ne produit pas, mais qu'il trouve dans le fonds universel de la raison humaine, d'autre part sur une analyse précise et sérieuse des faits sociaux. » (1).

En un mot, qu'il s'agisse de la loi positive ou d'institutions pratiques, il faut donner à l'interprétation une tournure réaliste, c'est-à-dire, ainsi que l'a dit admirablement Montesquieu dans l'*Esprit des lois*, « rai-

(1) Boistel, Le Code civil et la philosophie du droit, dans le Livre du Centenaire, t. 1, p. 52.

sonner de la réalité à la réalité et non pas de la réalité à la figure ou de la figure à la réalité » (1), A-t-on depuis formulé mieux un plus excellent principe ?

2° LA DÉFINITION

Après avoir interprété la loi et les pratiques du droit, la théorie a pour tâche de définir les institutions dont elle a constaté l'existence et la réglementation. Donner des définitions précises, claires, complètes, est une fonction primordiale pour toute théorie.

Mais définir n'est pas donner l'expression d'une essence, c'est désigner le plus brièvement possible les caractéristiques générales d'une institution et les règles principales auxquelles elle obéit.

L'art de la définition est difficile. Si on en rencontre, dans la théorie du droit, de si différentes, suivant les époques et les ouvrages, pour une seule et même relation juridique, c'est que chaque auteur a considéré seulement quelques points particuliers, choisis comme les plus caractéristiques à son avis, ou qu'il a arrangé sa formule de façon à indiquer par avance les solutions de certaines controverses, quelquefois même à faire supposer en leur faveur ce qui est en question.

En définitive, la théorie a ici une double tâche à remplir et un double écueil à éviter.

Elle doit en premier lieu faire un choix judicieux entre les diverses propriétés du contenu du concept

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 29, chap. 16.

à définir, car il est impossible de faire rentrer dans une définition la somme totale des propositions essentielles qui peuvent être formées avec la notion prise pour sujet. Il faut donc nécessairement n'en nommer qu'une partie. La définition comporte ainsi une double opération : une analyse, c'est-à-dire la résolution d'un tout complexe dans les éléments qui le composent, — suivie d'un choix ou séparation raisonnée des éléments à nommer et de ceux à laisser dans l'ombre.

De ces deux opérations successives peuvent résulter deux sortes d'erreurs : ou bien le théoricien aura mal analysé l'institution à définir et noté à faux ses éléments constitutifs, ou, les ayant bien notés, il aura fait choix de mauvaises caractéristiques et laissé ignorer dans sa formule une ou plusieurs propriétés originales et tranchées. Si bien que l'on se trouvera en présence d'une définition imparfaite.

Les définitions imparfaites peuvent être de deux sortes : elles seront dites « essentielles » si elles se bornent à fournir une des propriétés principales de la chose à décrire : l'homme est un animal raisonnable, ou « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose » (1), ou encore « le paiement avec subrogation est un paiement non libératoire ».

(1) C'est la définition même du code civil, art. 1106. Elle est imparfaite parce qu'elle indique bien en effet une des propriétés essentielles du contrat à titre onéreux, mais sans marquer suffisamment son originalité vis-à-vis du contrat synallagmatique. La même définition pourrait indifféremment s'appliquer aux deux espèces de contrat.

Elles sont dites « accidentelles » lorsqu'elles énoncent seulement un ou plusieurs attributs de rencontre, mais non caractéristiques : l'homme est un animal mammifère qui fait cuire sa nourriture, ou la définition de l'article 1104 du code civil, concernant les contrats commutatifs : c'est, dit cet article, « un contrat dans lequel chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle ». Or, pour qu'un contrat soit appelé commutatif, il n'est pas nécessaire que les choses promises en échange de part et d'autre soient considérées comme « équivalentes » ; c'est là un pur accident : il suffit que l'étendue des prestations soit immédiatement certaine.

La théorie doit en second lieu, après avoir déterminé les caractéristiques de l'institution à noter, les réunir dans une même formule, sous une forme aussi peu abstraite que possible, et surtout avec impartialité. Le second écueil est en effet que le théoricien se laisse aller à indiquer dans son énoncé une tendance ou un penchant vers telle ou telle solution. Evitons les définitions abstraites, partiales ou tendancieuses. Toute définition scientifique ne doit contenir qu'une énumération succincte de propriétés certaines et expérimentalement constatées. Défions-nous de l'idéalisme et de l'abstraction : établissons des définitions indiscutables et concrètes. Enfin, n'hésitons pas à les modifier au fur et à mesure que le contenu de l'institution varie ; de façon à avoir toujours des définitions cadrant exactement avec l'état actuel du droit.

Telle est la seconde fonction de la théorie juridique, aussi importante que délicate. Les définitions bien faites jettent une grande clarté sur toute science. En fixant le sens exact des notions, la théorie constituera un terrain parfait d'entente et de discussion, elle sera apte aussi à remplir sa troisième fonction : la classification du droit.

3° LA CLASSIFICATION

Cette fonction est en effet facilitée par la précédente. Elle sera d'autant mieux remplie que les définitions auront plus vigoureusement mis en relief les caractéristiques exactes de chaque institution.

Classer, c'est constituer une série de groupes unis entre eux par des caractères communs. Or les définitions ont pour but de mettre en pleine lumière le contenu exact de chaque concept, par l'énumération des caractéristiques de l'institution qu'il recouvre. Ce sont ces mêmes caractéristiques qui devront servir à constituer les classes.

L'idéal de la classification est la simplification poussée aussi loin que possible. Il faut distribuer les faits dans les classes les plus étendues et les moins nombreuses que l'on puisse découvrir. La classification générale de l'histoire naturelle, dominée par les grands groupements, — règnes, genres, classes et ordres, — est le type le plus parfait qui soit.

Dans le droit, des classifications multiples peuvent être conçues. Aussi, en présence d'une division nou-

velle, due à la richesse extrême de la matière, il ne faudrait pas hésiter à s'affranchir des classifications traditionnelles.

M. Picard a tenté dans ce sens un essai fort louable (1). Mais on peut reprocher à ses classifications d'être trop abstraites, à sa tentative d'être plus théorique que pratique. Cet auteur divise par exemple les droits en personnels, obligationnels, réels, intellectuels et universels. Puis il propose d'autres classifications. Une première est faite d'après le rapport du sujet à l'objet : l'auteur sépare ainsi le plein du droit de ses démembrements et établit un tableau très curieux que l'on peut résumer de la manière suivante :

Le plein du droit réel : la propriété.

Ses démembrements : le gage, l'hypothèque, etc...

Le plein du droit intellectuel : le monopole.

Ses démembrements : l'usage, l'usufruit, le gage, la licence.

Le plein du droit obligationnel : l'esclavage.

Ses démembrements : les créances.

Le plein du droit personnel : la citoyenneté.

Ses démembrements : la minorité, l'interdiction, etc.

Une seconde division s'opère d'après l'idée de protection-contrainte, une autre encore d'après le sujet du droit.

Voilà un effort digne d'éloges vers l'affranchissement des anciens concepts et des classifications à origine

(1) Ed. Picard. Le droit pur,

romaine. Malheureusement, les classes établies par M. Picard sont trop philosophiques, et sans grand intérêt pour la vie du droit. Nous voudrions des essais de classifications plus concrètes, ayant plus d'utilité réelle, placées moins haut dans les nuages. On pourrait établir de nouvelles classes d'après l'origine des droits, les intérêts en jeu, leurs divers modes d'application ou d'exécution, etc...

Mais surtout, que l'on ne sacrifie jamais un caractère ou une conséquence d'un droit au désir de simplification. Bien que l'idéal de la théorie soit d'aboutir à une classification simple, ayant peu de catégories, il ne faut pas hésiter à les multiplier au fur et à mesure des besoins nouveaux : instituer des classes nouvelles, mais ne pas déformer par besoin de symétrie ou désir de clarification.

A l'issue de ces trois opérations, le droit est suffisamment théorifié. Il peut être vu nettement et en ordre. La partie purement scientifique de la théorie du droit est dès ce moment complète. Faut-il interdire à la théorie toute autre aspiration et borner là son rôle et ses fonctions ? C'est la dernière question que nous avons à nous poser. Nous allons l'examiner dans la conclusion de ce modeste essai.

CONCLUSION

Tendances de l'école moderne : faire de la théorie juridique un simple catalogue.

Principe excellent, mais poussé à l'extrême, sans doute dans le désir de mieux marquer la tendance. Laissons un peu plus d'esprit dans la théorie juridique. Pourquoi la théorie ne serait-elle qu'une science ? Permettons-lui au contraire, mais avec une grande réserve, un peu d'art, de philosophie, de politique.

Valeur de l'hypothèse dans toute science. Nul danger à son emploi, mais à condition de savoir exactement ce que l'on fait, et quelle valeur il y a lieu de reconnaître à l'art dans la théorie du droit.

L'école moderne, dans sa tendance la plus accusée, prétend interdire à la théorie juridique toute conception élevée, et borner son rôle à celui d'une sèche nomenclature, d'un simple catalogue.

M. Emmanuel Lévy représente bien les aspirations

extrêmes de cette école, lorsqu'il s'écrie : « J'aime mieux les solutions que les attendus, j'aime mieux les pratiques que les mots, surtout lorsqu'elles sont bien classées, cataloguées; voilà des matériaux pour la science, voilà déjà de la science : une bonne nomenclature, un bon répertoire, un bon catalogue, comme dans les sciences naturelles, comme aussi dans les bibliothèques. » (1). Et plus loin : « Ce qui importe, c'est le résultat, et le résultat, on le sait par les pratiques : je sais qu'un contrat est une donation s'il en produit les effets; je sais qu'un statut est réel si on applique la loi territoriale; je sais qu'une tentative est punissable si elle est punie. Mais la loi, la pratique se trompent ? Non, car la vérité consacrée est la vérité juridique. » (2)

Cette conception part d'un principe excellent. Notre théorie présente encore trop de vestiges logiques et métaphysiques; elle poursuit un idéal trop élevé. Non contente de viser à devenir une science, elle verse à l'esthétique. Elle se détache trop des faits, raisonnant sur des abstractions, et dominée encore, inconsciemment peut-être, par certaines croyances en la justice et la logique du droit.

Il faut évidemment borner le rôle de la théorie et ne pas penser qu'elle se ravale lorsqu'elle veut ne donner que des définitions ou des classifications. On ne fait pas autre chose dans toute science !

(1) Emmanuel Lévy, notes sur le droit considéré comme science, dans *Questions pratiques...*, nov. 1910, p. 297.

(2) Emm. Lévy, loc. cit., p. 299.

Nous croyons néanmoins qu'on ne doit pas pousser jusqu'à l'excès cette tendance excellente dans son principe. Nous aimerions laisser une part plus grande d'esprit dans la théorie juridique, un peu plus de chair autour de l'os.

Rendons le droit plus positif, c'est bien. N'attribuons pas à tel concept des conséquences logiques, bornons-nous à constater les conséquences que telle institution entraîne dans la vie; ne construisons pas un système s'il ne peut se modeler très exactement sur la réalité; en un mot, constatons le droit. Pensons avec M. Picard « que le droit est une science naturelle comme la botanique ou la zoologie, une science de faits susceptibles d'observation scientifique, et non pas un ensemble de concepts cérébraux. » (1).

Mais ne réduisons pas pour celà la théorie à une sèche énumération, à un répertoire ou un catalogue. Il est légitime, à notre sens, de vouloir, à côté de ce qui est science pure, introduire une parcelle d'art ou de philosophie, légitime aussi de livrer parfois à une politique.

Mais ce n'est plus là de la science, dira-t-on !

Nous l'entendons bien ainsi. Mais est-il si nécessaire que la théorie juridique ne soit qu'une science ? Et pourquoi lui interdire de propos délibéré d'être pour partie un art, pour parties une philosophie et une poli-

(1) PICARD, Le Droit pur, p. 356.

tique ? En un mot, pourquoi bannir tout ce qui n'est qu'hypothèse ?

Ce serait là, croyons-nous, une grave erreur. M. Poincaré a montré, en un ouvrage admirable, la valeur de l'hypothèse dans la science. C'est elle qui la vivifie, elle est une force, un instrument de découvertes, le germe d'indiscutables progrès. Toute nouveauté scientifique est une hypothèse vérifiée.

Permettons donc à la théorie juridique une part d'hypothèse, c'est-à-dire un peu d'art et de philosophie. Peut-être ainsi contiendra-t-elle une idée-force. Mais limitons autant que possible leur emploi, et surtout sachons bien, lorsque nous théorifions le droit, les noms divers que méritent les diverses parties de notre théorie. Sachons ce que nous faisons, lorsque nous faisons de l'art, de la philosophie ou de la politique; connaissons leur inégale valeur, sachons distinguer la certitude positive de l'incertaine hypothèse.

En définitive, voici la position que nous prenons entre les partisans de la théorie traditionnelle et ceux de la théorie-nomenclature : nous voudrions tenir et observer un juste milieu, ou plus exactement nous rapprocher autant que possible de la deuxième tendance, sans repousser absolument et de parti pris la première, et en ne lui accordant même qu'une place infiniment réduite.

C'est une question de nuances. Nous reconnaissons volontiers que la première tendance a abouti et risque d'aboutir encore à de dangereux excès : nous avons assez souvent, dans le cours de cette étude, montré à

quel point nous le redoutons. Seule la théorie positive est en harmonie avec l'état actuel du droit; nous avons combattu pour elle, croyant sa cause juste.

Mais son principe, excellent à notre avis, a été poussé un peu loin par M. Emmanuel Lévy parce que, dans toute dispute doctrinale, l'on est fatalement amené à se porter vers les extrêmes, et à penser, non sans quelque raison, que pour être entendu il faut crier, que pour faire avancer une idée, il est nécessaire d'en accentuer l'expression.

Il n'en est pas moins vrai que, le coup porté, on peut revenir en arrière. La sagesse des peuples l'a dit, la vérité ne gît qu'au milieu. Un balancier n'est pas en équilibre aux points extrêmes de sa course !

Nous avons donc voulu dans cette trop brève étude, où bien des idées sont demeurées à l'état de simples ébauches, rompre une lance pour la théorie positiviste, se livrant seule à une besogne vraiment scientifique. Mais après avoir combattu en sa faveur, nous voudrions marquer en terminant que nous ne faisons point cause commune avec les théoriciens intransigeants qui veulent restreindre leur science au rôle d'un aride répertoire.

Nous désirerions seulement que le théoricien sache que lorsqu'il sort des bornes que nous avons assignées à la théorie juridique, il ne fait plus de la science, mais de l'art, de la politique ou de la philosophie : en un mot, qu'il prenne très exactement conscience de la valeur inégale des diverses parties de son œuvre.

A cette condition, nul danger. Au contraire, il en

peut résulter une sorte d'exaltation des moyens de la théorie. Si, à l'heure actuelle, elle fait fausse route, c'est qu'elle ne sait pas exactement séparer ses fonctions.

Nous voulons en définitive qu'elle vise surtout à devenir une science. Laissons lui cependant faire parfois un peu d'art, avec une retenue extrême, et surtout en pleine connaissance de cause. Elle en sera peut-être vivifiée, et restera néanmoins, selon nous, à l'abri de toute critique.

Vu :

Lyon, le 25 novembre 1911.

Le Président de la Thèse,

L. JOSSERAND.

Vu :

Lyon, le 25 novembre 1911,

Pour le Doyen, l'Assesseur,

L. JOSSERAND.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 29 novembre 1911.

Le Recteur de l'Académie de Lyon,

JOUBIN.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

- Ce qu'est la théorie juridique. — Sa tendance traditionnelle à l'homogénéité, à l'harmonie, son éloignement des faits.
- La notion de théorie dégagée de l'influence de tout système, de toute orientation spéciale. — Processus de formation de la théorie : les quatre phases de son évolution générale 11
-

PREMIÈRE PARTIE

- Histoire de la théorie juridique ; sa formation et son développement. — Ses diverses physionomies dans les principales manifestations du droit.... 17**
-

CHAPITRE I

La théorie juridique dans le droit romain

- I. — La théorie juridique à l'époque romaine. — En existait-il une véritable et exprimée ? Non, elle n'apparaît, au contraire que comme fragmentaire et virtuelle.

— Examen de quelques textes. — Insuffisance et imperfection absolues de la théorie naissante qu'ils contiennent.

La théorie dans l'enseignement. — Le caractère essentiellement pratique de l'enseignement à Rome. — Les commentaires de Gaius. — Cicéron et Servius.

II. — La théorie du droit romain réalisée par les glosateurs. — Irnerius et l'école de Bologne. — Les gloses et plus spécialement les « *sommes* » considérées comme constituant l'origine de la théorification du droit romain. Développement rapide de la théorie romaine. — Apparition de tendances fâcheuses ; régression. — Réaction de Bartole. — Excès idéalistes, suivis de la rénovation actuelle de la théorie du droit romain

18

CHAPITRE II

La théorie et son évolution dans le Droit français

I. — Les origines de la théorie en droit français. — Double cause de sa formation : en premier lieu l'incertitude du droit et la nécessité de fixer la coutume, en second lieu l'imitation des traités contemporains sur le droit romain. — L'essai d'une théorie au *xiii^e* siècle contient un aveu d'impuissance

Beaumanoir, premier théoricien du droit français : les coutumes de Beauvoisis. — Ses successeurs : Dumoulin, d'Argentré, Loisel, Furgole, etc... — Domat et Pothier.

II. — La période révolutionnaire : apogée de la théorie rationaliste.

Les interprètes du Code civil : l'exégèse des codes comme seule source de la théorie juridique. — La logique dans le droit : dialectique traditionnelle.

III. — Réaction contemporaine : la théorie positive et expérimentale

33

CHAPITRE III

La théorie dans la législation. — Les projets de Code civil français

Le Code Napoléon et le nouveau Code civil allemand

- I. — La législation française. — Les projets de code civil et leurs tendances théoriques à l'excès.
Le Code civil de 1804 : ses tendances pratiques. — Absence de définitions légales. — Place restreinte de la théorie.
- II. — Le nouveau code civil allemand. — Inconvénients de sa technique. — Place large réservée au droit théorique. — Double tendance : réglementation détaillée à l'extrême, et position de vastes principes 43
-

CHAPITRE IV

La théorie dans la jurisprudence

- Difficulté extrême d'isoler la théorie dans la jurisprudence. — Cause de cette difficulté : l'indistinction du fait et du droit. Leur séparation à l'époque romaine, grâce à une procédure formaliste et scindée. — La distinction maintenue seulement dans les qualités d'avoué, et, en principe du moins devant les cours d'assises. — Rôle de la Cour de Cassation.
- Tâche de l'interprète des décisions jurisprudentielles : Dépouillement et sublimation du droit. — Théories dégagées de la jurisprudence : l'abus de droit, etc..
Intérêt de cette partie de l'œuvre théorique 52
-

DEUXIÈME PARTIE

Les méthodes et les procédés de la théorie juridique actuelle

CHAPITRE I

Positions diverses adoptées par la doctrine Les méthodes juridiques 63

I. — Méthode sociologique 65

Sa marche générale : 1° L'observation. Impartialité exigée mais inaccessible ; 2° les classifications ; 3° l'établissement des lois à l'aide de l'induction. Phase critique : l'établissement d'une loi comporte toujours une part de création par impression, car la loi est un contenant plus vaste que le contenu sur lequel on l'a modelée ; 4° l'extraction du contenu des lois par le raisonnement déductif.

II. — Méthode juridique 69

Interprétation purement logique des textes. — Son postulat : la Raison a engendré le Droit. Conséquence : il faut retrouver derrière le droit positif ses causes rationnelles, pour en déduire les résultats non exprimés.

Double croyance : croyance en des concepts innés, préexistants au droit positif, — foi en la souveraineté de la logique dans le droit.

Double erreur : ce ne sont pas les principes qui engendrent le droit et la logique n'y règne point.

III. — Méthode dogmatique.

Doctrine du juste en soi. Assertions premières non soumises à preuve, comme provenant de l'intuition ou conscience directe. Prototype de cette méthode : le kantisme. — Kant et la doctrine du droit. Les trois postulats de la méthode	74
---	----

CHAPITRE II

Analyse schématique de la théorie juridique actuelle	79
---	----

I. — Les catégories juridiques	81
--------------------------------------	----

Enumération par les summa généra de toutes les choses susceptibles d'être nommées. Les étiquettes du droit ; leur origine romaine.

Immobilité purement apparente des catégories juridiques ; leur changement de contenu, leurs déformations profondes : la vente, la gestion d'affaires. — Le contenu des catégories, en devenant plus vaste s'est fatalement imprécisé. — Leur précision à l'époque romaine, en partie due au formalisme et aux règles de procédure. — Multiplication des institutions juridiques et des modes d'exercice des droits leur pénétration réciproque. — Plus une science progresse et plus se comblent les fossés primitivement creusés entre les diverses catégories : histoire naturelle, chimie, droit. — Fusion progressive de certaines catégories, lente disparition de certaines autres : novation, délit et quasi-délit.

Partant des catégories, double mouvement : faire rentrer les règles du droit positif dans les concepts traditionnels : interprétation ; — faire rentrer les faits juridiques concrets dans ces mêmes catégories : explication.

II. — L'interprétation juridique	90
--	----

Distribution des étiquettes courantes et limitées en nombre.

Modes usuels de raisonnement : les arguments d'analogie, a contrario et a fortiori. — Leur mécanisme caractéristique. L'argument d'analogie: sa fécondité, ses dangers ; sa formule. — L'argument a contrario : son application possible aux mêmes cas que le premier. — L'argument a fortiori : c'est un argument d'analogie renforcé. — Autres arguments, tous dérivés ou succédanés de ces trois types.

II. — L'explication juridique 96
Elle consiste à se référer aux concepts traditionnels.
Constitution de formules en quelque sorte chimiques.

IV. — La construction juridique 99
Fonction supérieure de l'organisme, à en croire Ihering. — Réalisation d'un double idéal, logique et esthétique. — Le système et ses lois.

TROISIEME PARTIE

Défauts de la théorie juridique actuelle Son vrai rôle. — Les moyens de l'atteindre

CHAPITRE I

Examen critique de la théorie juridique actuelle . 101

I. — Les catégories juridiques 104
Double courant de généralisation et de spécialisation. Résultat : changement de contenu des catégories. — Remède cherché inconsciemment par les

théoriciens dans la découverte de notions dominantes : l'abus de droit, concept nouveau qui bouleverse tout le droit sans que le contenu des catégories soit en apparence modifié. Autre notion : la responsabilité objective.

Insuffisance numérique des catégories actuelles, due à l'apparition d'institutions nouvelles et de nouvelles libertés : stipulation pour autrui, substitutions prohibées et permises, etc... — Travail de compression théorique et parfois de dénaturation consciente pour faire rentrer tous les faits juridiques, anciens et nouveaux, dans les catégories traditionnelles : emploi dotal, stipulation pour autrui, dation en paiement, etc... Légitimité de la création de nouvelles catégories.

II. — L'interprétation 113

Raisonnement par analogie : bon à tout, propre à rien. Il est fondé sur une simple probabilité : toute généralisation contient une part de sophisme. L'analogie est un procédé intermédiaire entre l'interprétation et la création même du droit.

Raisonnement a fortiori : il participe de l'insuffisance du premier.

Raisonnement a contrario : en principe, il n'a pas d'autorité. — Le législateur n'a pas tout prévu. Exemple d'a contrario absurde, quoique régulier en logique. Comment se déterminer entre les deux modes de raisonnement, extensif et restrictif, applicables aux mêmes hypothèses ?

Au surplus toute interprétation est un syllogisme : nullité du syllogisme comme instrument de découverte.

III. — L'explication juridique 124

Elle tourne dans un cercle, mais n'explique rien. Toute explication se heurte à l'inexplicable : théorie d'Herbert Spencer. Exemples d'explications juridiques : les effets de la solidarité, la nature de la stipulation pour autrui. Le prétendu secours des fictions.

IV. — La construction	130
Elle risque de pousser à des déformations de la réalité. Abus du souci logique et du souci esthétique. Les formules abstraites masquent les faits et les font oublier. Il ne faut pas perdre de vue que les constructions ne sont que des opinions. Gardons-nous de leur attribuer une valeur excessive.	

CHAPITRE II

Fonction et rôle de la théorie dans le Droit Moyens de les réaliser

I. — Fonctions de la théorie juridique	134
Résultats acceptables des anciens procédés, assouplis par un long usage.	
Triple rôle de la théorie dans le droit :	
1° Permettre la classification des solutions.	
2° Faciliter l'accord sur les points discutés. La théorie est un terrain commode de controverse et d'entente. Elle donne au droit le maximum de stabilité et d'unité.	
3° Réaliser le mieux possible l'adéquation entre les mœurs et aspirations morales d'une part, et le droit positif d'autre part. La politique juridique doit-elle faire partie de la théorie ? Oui, car c'est un rôle qui l'anime et la vivifie.	
II. — Les moyens de réaliser ce rôle	135
1° L'interprétation. — Interprétation de la loi positive : elle doit consister à prolonger dans les domaines où il n'est pas encore fixé le droit existant à l'époque de la rédaction législative, et cela conformément à l'esprit du droit actuel. L'interprétation maintient ainsi la loi au niveau des progrès du temps. Connaître l'insuffisance des procédés logiques en rend l'emploi moins dangereux.	

Interprétation des réalités juridiques : règles de l'observation positive. Se garder de faire découler des conséquences logiques d'une hypothèse théorique sur la nature d'une institution ou d'un acte. Les théoriciens le font encore aujourd'hui. Deux exemples tirés d'un traité connu.

2° Définition. — Double tâche de la théorie : analyser le concept à définir et faire un choix judicieux de ses principales propriétés, les condenser en une formule concrète et impartiale. Double écueil à éviter : les définitions imparfaites, qui peuvent être « essentielles » ou « accidentelles », et les définitions trop abstraites, partiales ou tendancieuses.

3° Classification. — De bonnes définitions permettent de bonnes classifications. L'idéal : découvrir des classes aussi peu nombreuses et aussi étendues que possible. Essais souhaitables de classifications renouvelées. Tentatives de M. Picard. Leur défaut est de verser à l'abstraction pure. Ne pas déformer par désir de catégoriser.

CONCLUSION

Tendances de l'école moderne : faire de la théorie juridique un simple catalogue.

Principe excellent, mais poussé à l'extrême, sans doute dans le désir de mieux marquer la tendance. Laissons un peu plus d'esprit dans la théorie juridique. Pourquoi la théorie ne serait-elle qu'une science ? Permettons-lui, au contraire, mais avec une grande réserve, un peu d'art, de philosophie, de politique.

Valeur de l'hypothèse dans toute science. Nul danger à son emploi, mais à condition de savoir exactement ce que l'on fait, et quelle valeur il ya lieu de reconnaître à l'art dans la théorie du droit

